

شرح
فتح القدير
تأليف

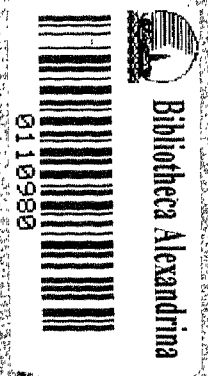
الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي
ثم السكندري المعروف بابن المقام الحنفي
المتوفى سنة ٦٨١ هـ

على
المطوية : شرح بداية المبدي
تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني

المجلد الثاني

مكتبة السيوطي
سنة ١٤٢٥ هـ



شرح فتح القدير تأليف

الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي
شم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفى
المتوفى سنة ٦٨١ هـ

على
الهداية : شرح بداية المبتدى
تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني
المتوفى سنة ٥٩٣ هـ


- ١ - شرح العناية على الهداية للإمام أكل الدين محمد بن محمود البارقى المتوفى سنة ٧٨٦ هـ .
- ٢ - حاشية المحقق سعد الله بن عيسى المفتى الشهير بسعدى جلبي وبسعدى أفندى المتوفى سنة ٩٤٥ هـ .

ويليه

تكملة شرح فتح القدير المسماة « نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار » لشمس الدين أحمد المعروف
بقاضى زاده المتوفى سنة ٩٨٨ هـ .

الجزء الثالث

دار الفكر

المكاتب : البناية المركزية - هاتف، ٢٤٤٧٣٩ - ص.ب.، ١١/٧٠٦١
المطابع والمعمل : حارة حريك - شارع عبد النور - هاتف، ٢٧٣٦٥٠ - ٢٧٣٤٨٧
بَیروت } لَبْنَان 
بَرقیة، فکسی - تلکس ٤١٣٩٢ فکر FIKR 41392 LE

« مَنْ يُرِدِ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ »

« حديث شريف »

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(باب التمتع)

(التمتع أفضل من الإفراد عندنا) وعن أبي حنيفة رحمه الله أن الإفراد أفضل لأن التمتع سفره واقع لعمرته والمفرد سفره واقع لحجته . وجه ظاهر الرواية أن في التمتع جمعا بين العبادتين فأشبه القرآن ثم فيه زيادة نسك وهي

(باب التمتع)

(قوله وجه الظاهر أن في التمتع جمعا بين العبادتين فأشبه القرآن) حقيقة هذا الوجه أنه ثبت أنه عليه الصلاة والسلام حج قارنا ، ومعلوم أن ما ارتكبه أفضل خصوصا في عبادة فريضة لم يفعلها إلا مرة واحدة في عمره ، ثم رأينا المعنى الذي به كان القرآن أفضل متحققا في التمتع دون الإفراد فيكون أفضل منه ، وذلك المعنى هو ما يلزم كونه جمعا بين العبادتين في وقت الحج من زيادة التحقق بالإذعان والقبول للمشروع الناسخ لشرع الجاهلية في المطلوب رفضه ، ثم هذا أزرق فوجب دم للشكر على أمرين : أحدهما إطلاق الارتفاق بالعمره في وقت الحج حتى خفت المؤنة بالنسبة إلى لزوم إنشاء سفر آخر للعمرة أو التأخير بعد قضاء الأفعال لينشئ أخرى من أدنى الحل ، وهذا شكر على أمر دنيوى . وثانيهما توفيقه للتحقق بهذا الإذعان الشرعى المطلوب تحقيقه وإظهاره وجعله مظهر له ، فإنه أكمل من مجرد اعتقاد الخفة من غير تحقق به بالفعل ، وهذا يرجع إلى أمر أخرى ، ولهذا تسميهم يقولون تارة وفق لإدلاء التمسكين ومرة ترفق بأدائهما في سفرة واحدة ، فزادت الفضيلة بشرعية هذا الدم لأنه زاد في النسك عبادة أخرى شكرا لاجبار التقصان متمكن فيه ، غير أن القرآن زاد عليه باستدامة الإحرام إلى يوم النحر بهما والميسارعة إلى إحرام الحج ، فبالأمرين يفضل على تمتع لم يسبق فيه هلى حتى حل التحلل . وبالثانى على التمتع الذى سبق فيه الهلى فوجب استدامة الإحرام فيه (قوله وسفره واقع لحجته الخ) جواب عن قوله لأن سفره واقع لعمرته

(باب التمتع)

وجه تأخيره عن باب القرآن قد سبق هناك فلا نعيده ، وكلامه واضح . قال بعض الشارحين : عرف المصنف التمتع بقوله : ومعنى التمتع الترفق الخ . واعترض عليه بأنه غير مانع للدخول من ترفق بأدائهما والعمرة في غير أشهر

(باب التمتع)

(قوله قال بعض الشارحين عرف المصنف) أقول : أراد الاتفاق (قوله واعترض عليه بأنه غير مانع للدخول من ترفق بأدائهما والعمرة في غير أشهر الحج الخ) أقول : المضاف مقدر : أى للدخول عمل من ترفق الخ أو ترفق من ترفق ، وكذا في قوله ومن ترفق به فيه كما

لإراقة الدم وسفره واقع لحجته وإن تخللت العمرة لأنها تبغ للحج كتخلل السنة بين الجمعة والسعي إليها (والمتمتع على وجهين متمتع بسوق الهدى ومتمتع لايسوق الهدى) ومعنى التمتع الترفق بأداء التوسكين في سفر واجد من غير أن يلم بأهله بينهما إلماما صحيحا ، ويدخله اختلافات نبينا إن شاء الله تعالى (وصفته أن يبتلى من الميقات في أشهر الحج فيحرم بالعمرة ويدخل مكة فيطوف لها ويسعى ويحلق أو يقصر وقد حل من عمرته)

وهو ظاهر من الكتاب (قوله ومعنى التمتع الترفق بأداء التوسكين) وينبغي أن يزاد في أشهر الحج ولم يقل أن يحرم بهما بل ذكر أداءهما ، فعلم أنه ليس من شرط التمتع وجود الإحرام بالعمرة في أشهر الحج ، بل أدائها فيها أو أداء أكثر طوافها ، فلو طاف ثلاثة أشواط في رمضان ثم دخل شوال فطاف الأربعة الباقية ثم حج في عامه كان متمتعا فتحريز الضابط للتمتع أن يفعل العمرة أو أكثر طوافها في أشهر الحج عن إحرام بها قبلها أو فيها ثم حج من عامه بوصف الصحة من غير أن يلم بأهله بينهما إلماما صحيحا . والحيلة لمن دخل مكة محرما بعمرة قبل أشهر الحج يريد التمتع أن لا يطوف بل يصبر إلى أن تدخل أشهر الحج ثم يطوف ، فإنه متى طاف طوافا ما وقع عن العمرة على ماسبق من قبل . ولو طاف ثم دخلت أشهر الحج فأحرم بعمرة أخرى ثم حج من عامه لم يكن متمتعا في قول الكل لأنه صار حكمه حكم أهل مكة بل دليل أنه صار ميقاته ميقاتهم . وقولنا ثم حج من عامه : يعنى من عام الفعل ، أما عام الإحرام فليس بشرط بل دليل ما في نوادر ابن سبابة عن محمد فيمن أحرم بعمرة في رمضان وأقام على إحرامه إلى شوال من قابل ثم طاف لعمرته في العام القابل ثم حج من عامه ذلك أنه متمتع لأنه باق على إحرامه وقد أتى بأفعال العمرة والحج في أشهر الحج ، بخلاف من وجب عليه أن يتحلل من الحج بعمرة كفائت الحج فأخر إلى قابل فتحلل بها في شوال وحج من عامه ذلك لا يكون متمتعا لأنه ما أتى بأفعالها عن إحرام عمرة بل للتحلل عن إحرام الحج فلم تقع هذه الأفعال معتدا بها عن العمرة فلم يكن متمتعا ، وهذا فائدة القيد الذي ذكرناه آخر . أعنى قولنا عن إحرام بها (قوله فيطوف لها ويسعى الخ) لم يذكر طواف القدوم لأنه ليس للعمرة طواف قدوم ولا صدر

الحج في سفر واحد ، ومن ترفق به فيه في أشهر الحج في عامين وهما ليسا بمتمتعين ، فكان الواجب أن يقول : هو الترفق بأداء التوسكين في أشهر الحج في عام واحد في سفر واحد الخ . والجواب أن ما ذكره المصنف هو تفسيره ، وأما كون الترفق في أشهر الحج من عام واحد فهو شرطه وسنذكره . والإلمام هو النزول ، يقال : ألم بأهله : إذا نزل ، وهو على نوعين صحيح وفاسد . والأول عبارة عن النزول في وطنه من غير بقاء صفة الإحرام ، وهذا إنما يكون في المتمتع الذي لم يسق الهدى ، والثاني ما يكون على خلافه وهو إنما يكون فيمن ساقه ، فقوله إلماما صحيحا احتراز عن الإلمام الفاسد فإنه لا يمنع صحة التمتع عند أبي حنيفة وأبي يوسف على ما يأتي . وقوله (ويحلق أو يقصر)

لاينفي ، وقوله والعمرة الواو الحالية . ثم أقول : هذا التعريف غير جامع أيضا لعدم تناوله من ترفق بهما وقد ألم بينهما إلماما غير صحيح ، فإن ترفقه ليس في سفر واحد مع أنه متمتع عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله . وجوابه أن المراد في سفر واحد حقيقة أو حكما فتأمل . ثم أقول : هذا التعريف يصدق على القارن أيضا ، إلا أن يقال ذلك ليس بمحذور (قوله فكان الواجب أن يقول هذا الترفق) أقول : الظاهر أن يقول هو الترفق الخ (قوله والجواب أن ما ذكره المصنف هو تفسيره الخ) أقول : إن أراد ليس من لوازم التفسير المساواة ففيه ما فيه ، وقوله وأما كون الترفق الخ فلا يفيد شيئا ، فإن المعروف بجامع ما انتفى فيه الشرط ولا بجامعه المعروف فليتأمل (قوله فهو شرطه) أقول : وكذا عدم الإلمام بأهله شرط التمتع وقد تعرض له (قال المصنف : وسفره واقع لحجته) أقول : أى سفر المتمتع واقع لحجته مع أن السفر غير مقصود على ما أسلفه المصنف في القارن (قال المصنف : في سفر واحد من غير أن يلم بأهله) أقول : أنت تخير بأن قوله في سفر واحد

وهذا هو تفسير العمرة ، وكذلك إذا أراد أن يفرد بالعمرة فعل مذكرونا ، هكذا فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم في عمرة القضاء . وقال مالك : لخلق عليه ، إنما العمرة الطواف والسعي ، وحجتنا عليه ما رويناه . وقوله تعالى محلقين رؤوسكم - الآية ، نزلت في عمرة القضاء ، ولأنها لما كان لها تحريم بالتلبية كان لها تحلل بالخلق . كالحج (ويقطع التلبية إذا ابتدأ بالطواف) وقال مالك رحمه الله : كما وقع بصره على البيت لأن العمرة زيارة البيت وتم به . ولنا « أن النبي صلى الله عليه وسلم في عمرة القضاء قطع التلبية حين استلم الحجر » ولأن المقصود هو الطواف فيقطعها عند افتتاحه ، ولهذا يقطعها الحاج عند افتتاح الرمي . قال (ويقيم بمكة حلالا) لأنه حل من العمرة : قال (فإذا كان

وذكر من الصفة الخلق أو التقصير فظاهره لزوم ذلك في التمتع وليس كذلك ، بل لولم يخلق حتى أحرم بالحج وخلق بمنى كان متمتعاً وهو أولى بالتمتع ممن أحرم بالحج بعد طواف أربعة أشواط للعمرة على ما ذكرناه آنفاً (قوله هكذا فعل الخ) أما أن أفعال العمرة مذكور غير الخلق أو التقصير فضروري لا يحتاج إلى بيان . وأما أن منها الخلق أو التقصير خلافاً لمالك رحمه الله فيدل عليه ما قدمناه في بحث القرآن من حديث معاوية « قصرت عن رأس رسول الله صلى الله عليه وسلم بمشقص » ومعلوم أن التقصير عند المروة لا يكون إلا في عمرة غير أن عند البخاري ومسلم : « قصرت أو رأيت يقصر عن رأسه » فإن كان الواقع الأول تعين كونها عمرة الجعرانة كما قدمناه ، وإن كان الثاني لم يلزم وهو حجة على مالك رحمه الله (قوله وقال مالك كما وقع بصره على البيت) وعنه كما رأى بيوت مكة . ولنا ما روى الترمذي عن ابن عباس « أنه عليه الصلاة والسلام كان يمسك عن التلبية في العمرة إذا استلم » وقال : حديث صحيح . ورواه أبو داود ولفظه أن النبي عليه الصلاة والسلام قال « يلبى المعتمر حتى يستلم الحجر » (قوله ولهذا يقطعها الحاج الخ) إنما تم هذه الملازمة لو كان الرمي هو المقصود في الحج وهو منتف ، بل المقصود الوقوف والطواف . فالصواب في التقرير على رأينا أن يقال : كالم تقطع التلبية في الحج قبل الشروع في الأفعال ،

قال شيخ الإسلام في مبسوطه : هذا التخيير إنما كان له إذا لم يكن شعره ملبداً أو معقوصاً أو مضفراً . وأما إذا كان ملبداً فإنه لا يتخير لأن التقصير لا ينهي إلا بالقص وذلك متعذر فیتعين الخلق . وقوله (وهذا هو تفسير العمرة) أي لبس لها طواف القدم والصدر لأن معظم الركن فيها هو الطواف ، وما هو كذلك لا يتكرر كالوقوف في الحج . وقوله (وتم به) أي تم زيارة البيت بوقوع البصر على البيت ، ولأن الطواف ركن في العمرة كطواف الزيارة في الحج . فكما تقدم قطع التلبية هناك على الاشتغال بالطواف فكذلك ههنا (ولنا) حديث ابن مسعود (أن النبي صلى الله عليه وسلم في عمرة القضاء قطع التلبية حين استلم الحجر) الأسود . وقوله (ولأن المقصود هو الطواف) بيانه أن هذا الطواف نسك مقصود في هذا اليوم فكان كالرمي في كونه نسكاً مقصوداً في ذلك اليوم ؛ فكما أن التلبية تقطع عند افتتاح الرمي تقطع عند افتتاح هذا الطواف بجامع أن كلا منهما أول نسك مقصود في يوم . فإن قيل : فعلى هذا ينبغي أن يقطع المفرد بالحج التلبية إذا ابتدأ بطواف القدم لأنه أول نسك مقصود في هذا اليوم . فالجواب أنا لانسلم أنه مقصود لأن المراد به ما يكون واجبا ، وطواف القدم ليس كذلك . سلمناه ولكن ثبت بالنص على خلاف القياس لما روى « أنه عليه الصلاة والسلام أردف الفضل من مزدلفة إلى منى ، فلم يزل يلبى حتى رمى جرة العقبة » قال (ويقيم بمكة حلالا) المتمتع إذا حل من عمرته يقيم بمكة حلالا (فإذا كان

ينى غناء هذا القيد في الاحتراز (قوله ولكن ثبت بالنص على خلاف القياس) أقول : فيه بحث ، فإنه إذا كان على خلاف القياس كيف

يوم التروية أحرم بالحج من المسجد) والشرط أن يحرم من الحرم أما المسجد فليس يلزم . وهذا لأنه في معنى المكي ، وميقات المكي في الحج الحرم على ما بينا (وفعل ما يفعله الحاج المفرد) لأنه مؤد للحج إلا أنه يرمل في طواف الزيارة ويسعى بعده لأن هذا أول طواف له في الحج . بخلاف المفرد لأنه قد سعى مرة . ولو كان هذا المتمتع بعد ما أحرم بالحج طاف وسعى قبل أن يروح إلى منى لم يرمل في طواف الزيارة ولا يسعى بعده لأنه قد أتى بذلك مرة (وعليه دم التمتع) للنص الذي تلوناه (فإن لم يجز صام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع إلى أهله) على الوجه الذي بيناه في القرآن (فإن صام ثلاثة أيام من شوال ثم اعتمر لم يجزه عن الثلاثة) لأن سبب وجوب هذا الصوم التمتع لأنه بدل عن الهدى وهو في هذه الحالة غير متمتع فلا يجوز أدائه قبل وجود سببه (وإن صامها) بمكة (بعد ما أحرم بالعمرة قبل أن يطوف جاز عندنا) خلافا للشافعي رحمه الله . له قوله تعالى

كذا لا تقطع في العمرة قبله فبطل قولكم بقطعها قبل الطواف . وعلى رأيه بطريق الإلزام أن يقال : كما أنهم يقطع في الحج إلا عند الشروع في المقاصد وهو الوقوف عندك يجب في العمرة أن لا تقطع إلا عند الشروع في مقاصدها وهو الطواف (قوله والمسجد ليس يلزم) بل هو أفضل . ومكة أفضل من غيرها من الحرم . والشرط الحرم (قوله وفعل ما يفعله الحاج المفرد) إلا طواف التحية لأنه في حكم أهل مكة ولا طواف قدوم عليهم (قوله ولو كان هذا المتمتع بعد ما أحرم بالحج طاف) أي للتحية (وسعى قبل أن يروح إلى منى لم يرمل في طواف الزيارة) سواء كان رمل في طواف التحية أو لا (ولا يسعى بعده لأنه قد أتى بالسعى مرة) قيل هذا دليل على أن طواف التحية مشروع للتمتع حتى اعتبر سعيه عقبيه اهـ ولا يخلو من شيء ، فإن الظاهر أن المراد أنه إذا طاف ثم سعى أجزأه عن السعي لا أنه يشترط للإجزاء اعتباره طواف تحية ، بل المقصود أن السعي لا بد أن يترتب شرعا على طواف ، فإذا فرضنا أن المتمتع بعد إحرام الحج تنفل بطواف ثم سعى بعده سقط عنه سعي الحج ، ومن قيد لإجزائه يكون الطواف المقدم طواف تحية فعليه البيان (قوله فلا يجوز أدائه قبل وجود سببه) فالشرط فيها أن يكون محرما بالعمرة في أشهر الحج مثل ما ذكرناه في القرآن وإلى آخر ما ذكرناه فيه (قوله خلافا للشافعي) فإنه لا يجزئه إلا بعد إحرام الحج)

يوم التروية أحرم بالحج من المسجد) ولكن ليس كل مما ذكرنا شرطا، فلو أحرم قبل يوم التروية فهو أفضل لأن فيه إظهار المسارعة والرغبة في العادة ، ولأنه أشق فكان أفضل ، وكذا لو أحرم من الحرم في غير المسجد جاز لما ذكره في الكتاب . وقوله (على ما بينا) أراد به ما ذكره في آخر فصل المواقيت بقوله ومن كان بمكة فوقته في الحج الحرم وفي العمرة الحل ، وقوله (وفعل ما يفعله الحاج المفرد) يعني خلا أنه لا يطوف طواف التحية لأنه لما حل صار هو والمكي سواء ولا تحية للمكي . و (يرمل في طواف الزيارة ويسعى بعده لأن هذا أول طواف له في الحج) وقوله (ولو كان هذا المتمتع بعد ما أحرم بالحج طاف) يعني طواف القدوم (وسعى قبل أن يخرج إلى منى لم يرمل في طواف الزيارة ولا يسعى بعده لأنه أتى بذلك مرة) ولا تكرار فيه ، ثم الرمل ههنا يسقط سواء رمل في طواف التحية أو لم يرمل ولهذا سكت عن ذكره ، فلم يقل طاف ورمل لأن الرمل إنما شرع في طواف بعده سعى ، ولا سعى ههنا لأنه وجد مرة . وفي هذا الكلام دلالة على أن طواف التحية مشروع للتمتع حيث اعتبر رمله وسعيه فيه . وقوله (وعليه دم التمتع) ظاهر . وقوله (خلافا للشافعي) يعني أنه يقول لا يجوز صوم ثلاثة أيام حتى يحرم

يصير مقيما عليه (قوله حيث اعتبر رمله) أقول: فيه بحث لخالفته قوله أنفا سواء رمل أو لم يرمل ، وقوله وسعيه بحث فيه ابن الهمام مانعا وجوب كون السعي بعد طواف التحية ، نعم يجب كونه بعد الطواف إلا أن الكلام في طواف مقيده بكونه طواف التحية فليتأمل (قوله وسعيه فيه)

فصيام ثلاثة أيام في الحج - ولنا أنه أداه بعد انعقاد سببه ، والمراد بالحج المذكور في النص وقته على ما بينا (والأفضل تأخيرها إلى آخر وقتها وهو يوم عرفة) لما بينا في القرآن (وإن أراد المتمتع أن يسوق الهدى أحرم وساق هديه) وهذا أفضل لأن النبي صلى الله عليه وسلم ساق الهدايا مع نفسه . ولأن فيه استعدادا ومسارعة (فإن كانت بدنة قلدها بمزادة أو نعل) لحديث عائشة رضي الله عنها على ما روينا . والتقليد أولى من التجليل لأن له ذكرا في الكتاب ولأنه للإعلام والتجليل لازمة . ويلى ثم يقلد لأنه يصير محرما بتقليد الهدى والتوجه معه على ما سبق . والأولى أن يعقد الإحرام بالتلبية ويسوق الهدى . وهو أفضل من أن يقودها لأنه صلى الله عليه وسلم

(قوله لأنه أداه بعد انعقاد سببه) لاشك أن سببه التمتع اللغوي الذي هو الترفق لترتيبه على التمتع في النص . ومأخذ الاشتقاق علة للمرتب . والعمره في أشهر الحج هي السبب فيه لأنها التي بها يتحقق الترفق الذي كان ممنوعا في الجاهلية وهو معنى التمتع لا أن الحج معتبر جزء السبب بناء على إرادة التمتع في عرف الفقه لوجهين : أحدهما جعل الحج غاية لهذا التمتع حيث قال - فمن تمتع بالعمره إلى الحج - فكان المفاد ترفق بالعمره في أشهر الحج ترفقا غايته الحج . وإلا كان ذكر التمتع ذكرا للحج من عامه فلم يحتاج إلى ذكره . والثاني أنه على ذلك التقرير كان يلزم أن لا يجوز صوم الثلاثة إلا بعد الفراغ كالسبعة لكنه سبحانه فصل بينهما فجعل الثلاثة في الحج : أي وقته والسبعة بعد الفراغ . فعلم أنه لم يعتبر في السبب المحوّر للصوم تحقق حقيقة التمتع بالمعنى الفقهي بل الترفق بالعمره في أشهر الحج لكن لا مطلقا : بل المقيد بكونه غايته الحج من عامه لا على اعتبار القيد جزءا من السبب أو شرطا في ثبوت سببته وإلا لزم ما ذكرنا من امتناع الصوم قبل الفراغ وهو متنف . فكان السبب المقيد لا يشترط قيده في السببية فإذا صام بعد إحرام العمره في أشهر الحج ثم حج من عامه ظهر أنه صام بعد السبب وفي وقته . بخلاف ما إذا لم يحج من عامه لأنه لم يظهر وقوعه بعد المقيد . ومثل هذا جائز إذا أمكن وقد أمكن . وسببه تراخي القيد عنه في الوجود ، أما السبعة فإن السبب وإن تحقق بعد إحرام العمره لكن لم يحج وقتها لأن الإيجاب معلق بالرجوع . فالصوم قبله قبل وقته وإن كان بعد السبب . واعلم أن مقتضى هذا عدم الجواز قبل الفراغ من العمره لأن التمتع : أعنى الترفق بالعمره لا يتحقق بمجرد الإحرام بها ، لكن الحكم هو الجواز بمجرد الإحرام كأنه لثبوت عدم القدرة على الخروج

بالحج لقوله تعالى - فصيام ثلاثة أيام في الحج - (ولنا أنه أداه بعد انعقاد سببه) وهو الإحرام بالعمره لأنه طريق يتوصل به إلى التمتع وأداء المسبب بعد تحقق السبب جائز . وقوله (على ما بينا) إشارة إلى ما ذكر في القرآن أن نفس الحج لا يصلح أن يكون ظرفا . وقوله (وهذا أفضل) يعني من متمتع لم يسق الهدى . وقوله (على ما روينا) يريد به قوله قالت عائشة رضي الله عنها « كنت أقتل قلائد هدى رسول الله صلى الله عليه وسلم » وقوله (لأن له ذكرا في الكتاب) يريد قوله تعالى - ولا الهدى ولا القلائد - (ويلى ثم يقلد لأنه يصير محرما بالتقليد والتوجه معه على ما سبق) في فصل قبيل القرآن ، والشروع في الإحرام بالتلبية أولى لأنه الأصل : والتقليد يقوم مقامه . والعمل

أقول : فيه أن السبب بعد الطواف إلا أن يكون « في » بمعنى « عن » كما قالوا في حصول صورة الشيء في العقل (قال المصنف : وهذا أفضل) أقول : قال الإثنان : أي المتمتع الذي يسوق الهدى أفضل من المتمتع الذي لا يسوق الهدى ، أو معناه سوق الهدى بعد الإحرام بالتلبية أفضل من الإحرام بتقليد البدنة وسوقها بعده لئلا يلزم ، والمراد من المتمتع الذي أراد التمتع لأنه قبل الإحرام لا يكون متمتعا . ولا يخفى عدم ملاسته سياق الكلام وإفضائه إلى التكرار .

(١) قوله (لا يشترط قيده في السببية) كذا في بعض النسخ ، وفي بعضها ، لا يفيد قيده في السببية ، وكلاهما صحيح أهـ كنيته مصححه .

أحرم بئى الخليفة وهداياه تساق بين يديه ، ولأنه أبلغ في التشهير إلا إذا كانت لاتنتقاد فحينئذ يقودها . قال (وأشعر البلدة عند أبي يوسف ومحمد) رحمهما الله (ولا يشعر عند أبي حنيفة) رحمه الله (ويكره) والإشعار هو الإدماء بالجرح لغة (وصفته أن يشق سنامها) بأن يطعن في أسفل السنام (من الجانب الأيمن أو الأيسر) قالوا : والأشبه هو الأيسر لأن النبي صلى الله عليه وسلم طعن في جانب اليسار مقصودا وفي جانب الأيمن اتفاقا ، ويلطخ سنامها بالدم لإعلاما ، وهذا الصنع مكروه عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما حسن ، وعند الشافعي رحمه الله سنة لانه مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم . ولهما أن المقصود من التقليد أن لا يهاج إذا ورد ماء أو كلاً أو يرد إذا ضل وإنه في الإشعار أتم لأنه ألزم ، فمن هذا الوجه يكون سنة ، إلا أنه

عن الإحرام بلا فعل وفيه إقناع إلا أن يستلزم خلافه إحداث قول ثالث فيتم المراد (قوله إلا إذا كانت لاتنتقاد) أي للسوق ، وفي بعض النسخ لاتتساق (قوله لأن النبي صلى الله عليه وسلم طعن الخ) قالوا لأنها كانت تساق إليه وهو يستقبلها فيدخل من قبل رعوسها والحربة يمينه لا محالة والطعن حينئذ إلى جهة اليسار أمكن وهو طبع هذه الحركة فيقع الطعن كذلك مقصودا ثم يعطف طاعنا إلى جهة يمينه بيمينه وهو متكلف بخلافه إلى الجهة الأولى ، وهذا بناء على أنه عليه الصلاة والسلام أشعر من جهة اليمين واليسار ، وعلى أن صفته حالة الإشعار كان ما ذكر . فأما الأول فالذي في مسلم عن أبي حسان عن ابن عباس رضي الله عنهما « أنه عليه الصلاة والسلام صلى الظهر بئى الخليفة ثم دعا ببذنة فأشعرها في صفحة سنامها الأيمن » وروى البخاري الإشعار ، فلم يذكر فيه الأيمن ولا الأيسر إلا أن ابن عبد البر ذكر أنه رأى في كتاب ابن علية بسنده إلى أبي حسان عن ابن عباس رضي الله عنهما « أنه عليه الصلاة والسلام أشعر بدنه من الجانب الأيسر ثم سلت الدم عنها وقلدها نعلين » قال ابن عبد البر : هذا منكر من حديث ابن عباس ، بل المعروف ما رواه مسلم وغيره عنه في الجانب الأيمن . وصحح ابن القطان كلامه ، لكن قد أسند أبو يعلى إلى أبي حسان عن ابن عباس بطريق آخر « أنه عليه الصلاة والسلام أشعر بدنه في شقها الأيسر ثم سلت الدم بأصبعه » الحديث . وفي موطأ مالك عن نافع « أن ابن عمر رضي الله عنهما كان إذا أهدي هديا من المدينة يقلده بنعلين ويشعره في الشق الأيسر » فهذا يعارض ما في مسلم من حديث ابن عباس إذ لم يكن أحد أشد اقتفاء لظواهر فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم من ابن عمر . فلو علمه وقوع ذلك من فعله صلى الله عليه وسلم لم يستمر عليه . فوجه التوفيق حينئذ هو ما صرنا إليه من الإشعار فيهما حملا للروايتين على رؤية كل راء الإشعار من جانب وهو واجب ما أمكن . وأما الثاني فلا نعلم صريحا في وصفه كيف كان لكنه حمل على ما هو الظاهر ، إذ الظاهر من قاصدها لإثبات فعل فيها وهي تساق إليه ذلك . والله أعلم بجلية كل حال (قوله لأنه ألزم)

بالأصل أولى عند الإمكان لا محالة ، ثم السوق في الهدى أفضل من القود لأن النبي صلى الله عليه وسلم سيقته هداياه إذ أحرم بئى الخليفة بين يديه . وقوله (قالوا والأشبه) يعني إلى الصواب في الرواية (هو الأيسر) وذلك أن الهدايا كانت مقبلة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكان يدخل بين كل بعيرين من قبل الرعوس : وكان الرمح بيمينه لا محالة فكان يقع طعنه عادة أولا على يسار البعير ، ثم كان يعطف عن يمينه ويشعر الآخر من قبل يمين البعير اتفاقا للأول لا قصدا إليه فصار الأمر الأصلي أحق بالاعتبار في الهدى إذا كان واحدا . وقوله (ولهما أن المقصود من التقليد أن لا يهاج) أي لا ينفر ولا يطرد عن الماء والكلأ (أو يرد إذا ضل) وإنه في الإشعار أتم لأنه ألزم لأن القلادة قد تحل وقد يحتمل أن تسقط منها والإشعار لا يفارقها (فمن هذا الوجه يكون سنة إلا أنه

(قال المصنف : فمن هذا الوجه يكون سنة) أقول : فيه بحث يظهر لمن علم ما السنة .

عارضه جهة كونه مثله فقلنا بحسنه . ولأبي حنيفة أنه مثله وأنه منهي عنه. ولو وقع التعارض فالترجيح للمحرّم وإشعار النبي صلى الله عليه وسلم كان لصيانة الهدى لأن المشركين لا يمتنعون عن تعرّضه إلا به. وقيل إن أبا حنيفة كره إشعار أهل زمانه لمباغتهم فيه على وجه يخاف منه السراية ، وقيل : إنما كره إثارة على التقليد . قال (فإذا دخل مكة طاف وسعى) وهذا للعمرة على ما بينا في متمتع لا يسوق الهدى (إلا أنه لا يتحلل حتى يحرم بالحج يوم التروية) لقوله صلى الله عليه وسلم « لو استقبلت من أمرى ما استدبرت لما سقت الهدى ولجعلتها عمرة وتحللت منها » وهذا ينفي التحلل عند سوق الهدى (ويحرم بالحج يوم التروية) كما يحرم أهل مكة على ما بينا (وإن قدّم

لأن القلادة قد تحلل أو تنقطع فتسقط (قوله ولو وقع التعارض فالترجيح للمحرّم) قد يقال : لاتعارض فإن النهي عنه كان بأثر قصة العرنين عقيب غزوة أحد ومعام أن الإشعار كان بعده . فعلم أنه إما مخصوص من نص نسخ المثلة ما كان هدياً أو أنه ليس بمثلة أصلاً وهو الحق . إذ ليس كل جرح مثله بل هو ما يكون تشويهاً كقطع الأنف والأذنين وسمل العيون . فلا يقال لكل من جرح مثل به . والأولى ما حمل عليه الطحاوي من أن أبا حنيفة إنما كره إشعار أهل زمانه لأنهم لا يمتنعون إلا بحسنه وهو شق مجرّد الجلد ليدى ، بل يبالغون في اللحم حتى يكثّر الألم ويخاف منه السراية (قوله لأن المشركين لا يمتنعون إلا به) قد يقال : هذا يتم في إشعار عام الحاديية وهو مفرد بالعمرة لاني إشعاره هدايا حجة الوداع . لأن المشركين كانوا قد أجّلوا قبل ذلك في فتح مكة في الثالثة . ثم بعث علياً رضي الله عنه في التاسعة يتلو عليهم سورة براءة وينادي : لا يطوف بهذا البيت مشرك ولا عريان . والجواب أن يراد تعرضهم للطريق حال السفر لتسامعهم بمال لسيد المسلمين (قوله وهذا ينفي التحلل عند سوق الهدى) يعني لما كان المقصود من هذا الكلام وتقدم تخريجه إظهار التأسف على

عارضه جهة كونه مثله (والمثلة هي أن يصنع بالحيوان ما يصير به مثلاً ، وقيل هي إيلا ما وجب قتله أو أبيح قتله (فقلنا بحسنه . ولأبي حنيفة أنه) أي الإشعار (مثله وإنه) أي فعل المثلة (منهي عنه . ولو وقع التعارض) بين كونه سنة وبين كونه مثله (فالترجيح للمحرّم) فإن قيل : النهي عن المثلة كان بأحد والإشعار عام حجة الوداع والمتأخر ناسخ فأين التعارض ؟ أجيب بأن عمران بن حصين روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم ما قام خطيباً إلا نهانا عن المثلة » فكان الإشعار منسوخاً فلا أقل من التعارض والترجيح للمحرّم للاحتياط أو للاحتراز عن تكرار النسخ . وقوله (وإشعار النبي صلى الله عليه وسلم) جواب عما قال الشافعي إنه مروى عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو ظاهر . وقوله عليه الصلاة والسلام (« لو استقبلت من أمرى ما استدبرت ») أي لو علمت أولاً ما علمت آخر (لما سقت الهدى) وقصة ذلك « أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أصحابه بأن يفسخوا إحرام الحج ويحرموا بالعمرة لما بلغوا مكة تحقيقاً لمخالفة الكفرة ، وكانوا لا يفسخون ولا يخلقون ينتظرون رسول الله صلى الله عليه وسلم هل يخلق أولاً ؟ فاعتذر النبي عليه الصلاة والسلام وقال : لو استقبلت الخ ، وبين فيه أن سوق الهدى يمتنع عن التحلل ولولا ذلك لتحلل . وقوله (ويحرم بالحج) ظاهر . وقوله (على ما بينا) إشارة إلى ما قال

(قال المصنف : حتى يحرم بالحج) أقول : قال الإقناني برفع الميم لا النصب ، لأن حتى ليست غاية لفساد المعنى . وفيه بحث لأن حتى لا يفارقها معنى الغاية سواء كانت جارة أو عاطفة أو ابتنائية على ما صرحوا به ، والظاهر أنه منصوب ولا يلزم الفساد ، فإن مفهوم الغاية لو سلم اعتباره فلا يمارض المنطوق ، وعدم جواز تحلل المحرم بالحج إلى وقت معلوم معلوم مما سبق فتأمل .

(١) (قوله قد أجّلوا) كذا هو في بعض النسخ بالميم بعد الميم ، والمعنى عليه صحيح : أي خرجوا عن مكة ، وسمعت في بعض النسخ بالغاء تحريفاً ، وقوله بعده لسيد المسلمين ، في بعض النسخ لسيد المرسلين ، وكل صحيح كتبه مصححه .

الإحرام قبله جاز ، وما عجل المتمتع من الإحرام بالحج فهو أفضل (لما فيه من المسارعة وزيادة المشقة ، وهذه الأفضلية في حق من ساق الهدى وفي حق من لم يسق (وعليه دم) وهو دم التمتع على ما بينا (وإذا حلق يوم النحر فقد حل من الإحرامين) لأن الحلق محلل في الحج كالسلام في الصلاة فيتحلل به عنهما . قال (وليس لأهل مكة تمتع ولا قران ، وإنما لهم الأفراد خاصة) خلافا للشافعي رحمه الله ،

تأتي الإحلال ليشرح صدر أصحابه بموافقته لهم كما كان دأبه عليه الصلاة والسلام كان قوله « لو استدركت ما فاتني لما سقت الهدى ولجعلتها عمرة » أي مفردة لم أقرن معها الحج . وتحللت يفيد أن التحلل لا يتأتى إلا بما يتضمنه كلامه من إفراة العمرة وعدم سوق الهدى ، فلو كان التحلل يجوز مع سوق الهدى لاكتفى بقوله لجعلتها عمرة وتحللت ، وإنما احتاج إلى هذا لأنه لو استدل بأنه لما ساق الهدى امتنع عليه التحلل من العمرة كان معترفاً بأنه عليه الصلاة والسلام حج متمتعاً ، والثابت عندنا أنه حج قارنا على ما قدمناه (قوله وهذه الأفضلية) أي أفضلية تعجيل المتمتع الإحرام بالحج (قوله فقد حل من الإحرامين) فيه دليل على بقاء إحرام العمرة إلى الحلق . وأورد عليه في النهاية : لو كان كذلك لزم القارن دمان إذا جنى قبل الحلق . وقال علماؤنا : إذا قتل القارن صيدا بعد الوقوف قبل الحلق لزمه قيمة واحدة : ولو بقي بعد الوقوف لزمه دمان . وأجاب بأن إحرام العمرة انتهى بالوقوف ولم يبق إلا في حق التحلل ، لأن الله تعالى جعل الحج غاية لإحرام العمرة ، ولا وجود للمضروب له الغاية بعدها إلا ضرورة وهي ما ذكرنا . وإذا لم يبق في حق غير ذلك لم تقع الجنابة عليه اهـ . قال في شرح الكثر . وهذا بعيد فإن القارن إذا جامع بعد الوقوف يجب عليه بدنة للحج وشاة للعمرة وبعد الحلق قبل الطواف شاتان اهـ . وما نقله في النهاية إنما هو قول شيخ الإسلام ومن تبعه ، وقد صرح به عنه بخصوصه في النهاية في آخر فصل جزاء الصيد ، وأكثر عبارات الأصحاب مطقة وهي الظاهرة : إذ قضاء الأعمال لا يمنع بقاء الإحرام ، والوجوب إنما هو باعتبار أنه جنابة على الإحرام لأعلى الأعمال . والفرع المنقول في الجماع يدل على ما قلنا ، بل سنذكر عن الكتب المعتبرة عن بعضهم أن فيما بعد الحلق البدنة والشاة أيضا بالجماع ، وعن بعضهم البدنة فقط : ونبين الأولى منهما . ثم إن شيخ الإسلام قيد لزوم الدم الواحد بغير الجماع وقال : إن في الجماع بعد الوقوف شاتين ، فلا يخلو من أن يكون إحرام العمرة بعد الوقوف توجب الجنابة عليه شيئا أولا ، فإن أوجب لزم شمول الوجوب وإلا فشمول العدم (قوله وليس لأهل مكة تمتع ولا قران) يحتمل نفي الوجود : أي ليس يوجد لهم ، حتى لو أحرم مكى بعمرة أو بهما

وعليه دم التمتع للنصر الذي تلونا : يعني قوله تعالى - فمن تمتع بالعمرة إلى الحج - وقوله (وإذا حلق يوم النحر فقد حل من الإحرامين) يعني لإحرام العمرة وإحرام الحج . فإن قيل : التحلل منهما يقتضى قيام كل منهما عند الحلق ، ولو كان إحرام العمرة باقيا عنده لزم القارن دمان إذا جنى بقتل الصيد قبل الحلق بعد الوقوف بعرفة وليس كذلك بل عليه دم واحد ، ولو كان الإحرام باقيا لزم قيمتان كما قبل الوقوف . أجيب بأن إحرام العمرة باقٍ للتحلل لا غير لأن التحلل لا يتصور بدونه ، وأما بالنسبة إلى ما عداه فليس بباقي لأن الله تعالى جعل غاية لإحرام العمرة الحج والمضروب له الغاية لا يبقى بعد وجودها إلا لضرورة وهي بالنسبة إلى التحلل لا غير ، وإذا كان كذلك لم تقع الجنابة على إحرام العمرة فلا يجب لأجله شيء كإحرام المفرد بالحج بعد الحلق فإنه لا يبقى في حق سائر المخطورات ويبقى في حق الجماع ضرورة طواف الزيارة . وقوله (وليس لأهل مكة تمتع ولا قران) اعلم أن أهل مكة ومن كان داخل الميقات لا تمتع لهم ولا قران عند أبي حنيفة وأصحابه وإمامهم في ذلك على عبد الله بن عباس وعبد الله

وطاف للعمرة في أشهر الحج ثم حج من عامه لا يكون متمتعا ولا قارنا . ويوافقه ما سأتى في الكتاب من قوله : وإذا عاد المتمتع إلى بلده بعد فراغه من العمرة ولم يكن ساقا الهدى بطل تمتعه لأنه ألم بأهله فيما بين النسكين الإمام صحيحا وذلك يبطل التمتع . فأفاد أن عدم الإمام شرط لصحة التمتع فينتفى لانتهائه . وعن ذلك أيضا خص القرآن في قوله بخلاف المكي إذا خرج إلى الكوفة وقرن حيث يصح لأن عمرته وحجته مية تبتان . قالوا : خص القرآن لأن التمتع منه لا يصح لأنه لم ألم بأهله بعد العمرة . ويختل نفي الحل كما يقال : ليس لك أن تصوم يوم النحر ولا أن تتنفل بالصلاة عند الطلوع والغروب . حتى لو أن مكيًا اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه أو جمع بينهما كان متمتعا أو قارنا آثما بفعله إياهما على وجه منهي عنه . وهذا هو المراد بخمل ما قدمناه من اشتراط عدم الإمام لأصحة على اشتراطه لوجود التمتع الذي لم يتعلق به نهى شرعا المنتهض سببا للشكر . ويوافقه ما في غاية البيان : ليس لأهل مكة تمتع ولا قران . ومن تمتع منهم أو قرن كان عليه دم وهو دم جنابة لا يأكل منه . وصح عن عمر رضي الله عنه أنه قال : ليس لأهل مكة تمتع ولا قران . وقال في التحفة : ومع هذا لو تمتعوا جاز وأساءوا وعليهم دم الجبر . وسندكر من كلام الحاكم صريحا هـ . ومن حكم هذا الدم أن لا يقوم الصوم مقامه حالة العسيرة : فإذا كان الحكم في الواقع لزوم دم الجبر لزم ثبوت الصحة لأنه لا جبر إلا لما وجد بوصف النقضان لا لما لم يوجد شرعا . فإن قيل : يمكن كون الدم للاعتار في أشهر الحج من المكي لا للتمتع منه . وهذا فاش بين جنسية العصر من أهل مكة ، ونازعهم في ذلك بعض الآفاقيين من الحنفية من قريب وجرت بينهم شئون . ومعتمد أهل مكة ما وقع في البدائع من قوله ولأن دخول العمرة في أشهر الحج وقع رخصة لقوله تعالى - الحج أشهر معلومات - قيل في بعض وجوه التأويل : أي للحج أشهر معلومات ، واللام للاختصاص فاختصت هذه الأشهر بالحج . وذلك بأن لا يدخل فيها غيره ، إلا أن العمرة دخلت فيها رخصة للآفاقي ضرورة تعذر إنشاء سفر للعمرة نظرا له ، وهذا المعنى لا يوجد في حق أهل مكة ومن بمعناهم . فلم تكن العمرة مشروعة في أشهر الحج في حقهم ، فبقيت العمرة في أشهر الحج في حقهم معصية هـ . وفيه بعض اختصار والذي ذكره غير واحد خلافه ، وقد صرحوا في جواب الشافعي لما أجاز التمتع للمكي . وقال في بعض الأوجه نسخ منع العمرة في أشهر الحج عام فيتناول المكي كغيره . فقالوا : أما النسخ فثبت عندنا في حق المكي أيضا حتى يعتمر في أشهر الحج . ولا يكره له ذلك ولكن لا يدرك

ابن عمر رضي الله عنهم ، ولو تمتعوا جاز وأساءوا ولزمهم دم الجبر . وقال الشافعي : فم التمتع والقران ولكن لادم عليهم ، واستدل على ذلك بقوله تعالى - فمن تمتع بالعمرة إلى الحج - فإنه بإطلاقه لا يفصل بين الآفاقي وغيره . فإن قيل : ذلك لمن لم يكن إشارة إلى التمتع المفهوم من تمتع وهو يقتضي أن لا يكون لأهل حاضرة المسجد الحرام تمتع . أجاب الشافعي بأن ذلك إشارة إلى الهدى المعلوم من قوله تعالى - فما استيسر من الهدى - ولأجل هذا قلت إنه لادم عليهم . ولنا قوله تعالى - ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام - ووجهه أن موضوع ذلك في كلام العرب البعيد والقرآن نزل على لسانهم ، وما ذكرتم من الهدى قريب لا يصلح ذلك حقيقة له : والتمتع المفهوم من

(قوله ولو تمتعوا جاز وأساءوا) أقول : كذا قال صاحب تحفة الفقهاء ، وأما الذي يدل عليه كلام المصنف في هذا الباب فبطلان تمتعهم كما لا يخفى على الناظر المتأمل (قوله ووجهه أن موضوع ذلك في كلام العرب البعيد والقرآن نزل على لسانهم ، وما ذكرتم من الهدى قريب لا يصلح حقيقة له) أقول : يجوز أن يكون من قبيل - ألم ذلك الكتاب - .

ففضيلة التمتع إلى آخر ما سذكروه إن شاء الله تعالى . فإنكار أهل مكة على هذا اعتار المكي في أشهر الحج إن كان مجرد العمرة فخطأ بلا شك ، وإن كان لعلمهم بأن هذا الذي اعتمر منهم ليس بحج يتخلف عن الحج إذا خرج الناس للحج بل يحج من عامه فصحيح بناء على أنه حينئذ إنكار لمتعة المكي لا لمجرد عمرته . فإذا ظهر لك صريح هذا الخلاف منه في إجازة العمرة من حيث هي مجرد عمرة في أشهر الحج ومنعها وجب أن يتفرع عليه ما لو كرر المكي العمرة في أشهر الحج وحج من عامه هل يتكرر الدم عليه ؟ فعلى من صرح بجلها له وأن المنع ليس إلا لمتعته لا يتكرر عليه لأن تكرره لا أثر له في ثبوت تكرره تمتعه فإنما عليه دم واحد لأنه تمتع مرة واحدة . وعلى من منع نفس العمرة منه وأثبت أن نسخ حرمتها إنما هو للآفاق فقط ينبغي أن يتكرر الدم بتكررها ، والله أعلم . وإنما النظر بعد ذلك في أولى القولين ، ونظروا إلى العمومات مثل «دخلت العمرة في الحج» . وصريح منع المكي شرعاً لم يثبت إلا بقوله تعالى - ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام - وهو خاص بالجمع تمتعاً فينبغي فيما وراءه على الإباحة ، غير أن الآخر أن يقول دليل التخصيص مما يصح تعليله ويخرج به معه ، وتعليل منع الجمع المتبادر منه أن يحصل الرفق ودفع المشقة الآتية من قبل تعدد السفر أو إطالة الإقامة وذلك خاص ، فيبقى المنع السابق على ما كان ويخص النسخ بالآفاق ، وللتنظر بعد ذلك مجال ، والله سبحانه الموفق . ثم ظهر لي بعد نحو ثلاثين عاماً من كتابة هذا الكتاب أن الوجه منع العمرة للمكي في أشهر الحج سواء حج من عامه أولاً ، لأن النسخ خاص لم يثبت ، إذ المتقول من قولهم العمرة في أشهر الحج من أفجر القصور لا يعرف إلا من كلام الجاهلية دون أنه كان في شريعة إبراهيم عليه الصلاة والسلام أو غيره ، ولم يبق إلا النظر في الآية ، وحاصله عام مخصوص فإن قوله ذلك الخ تخصيص من تمتع بالعمرة إلى الحج لأنه مستقل مقارن . واتفقوا في تعليله بأن تجوز له للآفاق لدفع الحرج كما عرف ومنعه من المكي لعدمه . ولا شك أن عدم الحرج في عدم الجمع لا يصلح علة لمنع الجمع لأنه إذا لم يخرج بعدم الجمع لا يقتضي أن يتعين عليه عدمه ، بل إنما يصلح عدم الحرج في عدم الجمع أن يجوز له كل من عدم الجمع والجمع لأنه كما لم يخرج في عدم الجمع لا يخرج في الجمع ، فحين وجب عدم الجمع لم يكن إلا لأمر زائد ، وليس هنا سوى كونه في الجمع موقعا للعمرة في أشهر الحج . ثم لاشك أن منع نفس العمرة في أشهر الحج للمكي متعين على الاحتمال الأول الذي أبديناه في قوله وليس لأهل مكة تمتع ولا قران الخ ، وهو أن العمرة لا تتحقق منه أصلاً لأنه إذا لم يتحقق منه حقيقة التمتع الشرعية لا يكون منعه من التمتع إلا للعمرة ، فكان حاصل منع صورة التمتع إما لمنع العمرة أو الحج ، والحج غير ممنوع منه فتعينت العمرة غير أنى رجحت أنها تتحقق ، ويكون مستأنساً بقول صاحب التحفة لكن الأوجه خلافه لتصريح أهل المذهب من أبي حنيفة وصاحبيه في الآفاق الذي يعتمر ثم يعود إلى أهله ولم يكن ساق الهدي ثم حج من عامه بقولهم بطل تمتعه وتصريحهم بأن من شرط التمتع مطلقاً أن لا يلزم بأهله بينهما إماماً صحيحاً ولا وجود للمشروط قبل وجود شرطه . ولا شك أنهم قالوا بوجود الفساد مع الإثم ولم يقولوا بوجود الباطل شرعاً مع ارتكاب النهي كبيع الحر ليس ببيع شرعي .. ومقتضى كلام أئمة المذهب أولى بالاعتبار من كلام بعض المشايخ ، وإنما لم نسلك في منع العمرة في أشهر الحج مسلك صاحب البدائع لأنه بناء على

تمتع بعيد يصلح لذلك فيصار إليه لأن العمل إذا أمكن بالحقيقة لا يصار إلى الحجاز بالاتفاق فتكون الآية حجة عليه . فإن قيل : فما الجواب عن استدلاله بإطلاقه ؟ قلت : لا إطلاق ثمة بل كلمة من عامة خصت بقوله - ذلك لمن لم يكن

والحجة عليه قوله تعالى - ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام - ولأن شرعهما للترفة بإسقاط إحدى المفترتين

أمر لم يلزم ثبوته على الخصم . وهو قوله جاء في بعض الأوجه أن المراد للحج أشهر واللام للاختصاص . وهذا مما للخصم منعه . ويقول : بل جاز كون المراد أن الحج في أشهر معلومات فيفيد أنه يفعل فيها لا في غيرها وهو لا يستلزم أن لا يفعل فيها غيره . والله أعلم (قوله والحجة عليه) مدار احتجاج الشافعي على أن نسخ ترك العمرة في أشهر الحج عام في حق المكي وغيره . ومعلوم شرعية الحج في حق الكل فجواز التمتع للكل ، وقوله تعالى - ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام - لا ينفية . إذ مرجع الإشارة إلى الهدى لا التمتع فتثبت بذلك جواز التمتع لهم وسقوط الهدى عنهم . قلنا : بل مرجع الإشارة التمتع لوصلها باللام . وهي تستعمل فيما لنا أن نفعله ، والتمتع لنا أن نفعله . بخلاف الهدى فإنه علينا . فلو كان مراداً للجسم مكان اللام بعلى فقيل ذلك على من لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام . فإن قيل : شرع العمرة في أشهر الحج عام . قلنا بمنوع بل ذلك على القول الذي ردده . وعلى تقديره أيضاً لا يفيد لأننا نجيح للمكي العمرة في أشهر الحج . فإن أريد المجموع من العمرة مع الحج من عامه وهو المعبر عنه بالتمتع بالعمرة إلى الحج في النص فهو أول المسئلة ومحل النزاع . ثم إن عللنا دليل التخصيص أعني قوله تعالى - ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام بكونه ملماً بأهله بين أدائهما فلم يكمل

أهله حاضري المسجد الحرام . وقوله (ولأن شرعهما) دليل معقول لنا . وتقديره شرع التمتع والقرآن لأجل الترفة (بإسقاط إحدى المفترتين) وهو ظاهر . والترفة بذلك في حق الآفاق لأن غيره لا يشق عليه هذا السفر لقربه حتى يترفه . واصترض بوجهين : أحدهما أن النص إن كان يقتضي ما ذكرتم على ما زعمتم لكن تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على النفي عما عداه . والثاني أن الله تعالى شرع القرآن والتمتع إبانة لنسخ ما كان عليه أهل الجاهلية من تحريمهم العمرة في أشهر الحج ، والنسخ يثبت في حق الناس كافة . ورجوع الإشارة إلى ما ذكرتم يتنافى ذلك . وأجيب عن الأول بأن تخصيص الشيء بالذكر كما أنه لا يدل على نفي الحكم عما عداه لا يدل على ثبوته له أيضاً ، والأصل فيه العدم فيبقى إلى أن يدل الدليل على خلافه . وعن الثاني بأن النسخ ثابت عندنا في حق المكي أيضاً ، حتى لو اعتمر في أشهر الحج جاز بلا كراهة . ولكن لا يدرك فضيلة التمتع لأن الإمام قطع متعته كما قطع متعة الآفاق إذا رجع بين النسكين إلى أهله ، وفيه نظر لأنه يستدل به على بطلان التمتع لأعلى عدم إدراك الفضيلة . والصواب أن يقال :

(قال المصنف : والحجة عليه قوله تعالى - ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام -) أقول : قال النسفي في تفسيره : اختلفوا في المراد بحاضري المسجد الحرام . فعند أبي حنيفة رحمه الله هم أهل المواقيت وهي ذوالحليفة والجحفة وقرن ويلملم وذات عرق ، فكل من كان من أهل هذه المواضع أو من أهل ماوراءها إلى مكة فهو من حاضري المسجد الحرام لأنه لم يكن من المسافرين حينئذ . وفيه بحث ، لأنه يلزم على هذا أن يكون كل من كان بينه وبين مكة أقصر من مدة السفر من حاضري المسجد الحرام وإن كان مكانه دون الميقات كما هو مذنب الشافعي رحمه الله (قوله لكن تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على النفي عما عداه) أقول : الاستدلال ليس بالمفهوم حتى يرد ما ذكره بل بمخلوق قوله تعالى - لمن لم يكن - فإن اللام الاختصاصية تدل على النفي عن كان من حاضري المسجد الحرام فتأمل وبعد ما كتبت هذا راجعت البدائع فوجدت قد استدلت على المطلوب بهذا الوجه فشكرت الله تعالى (قوله والأصل فيه العدم) أقول : غير مسلم . ومن أين ثبت ذلك (قوله لأن الإمام قطع متعته) أقول : أنت خير بأن قوله إن الإمام قطع متعته إن كان صحيحاً في نفسه يلزم بطلان التمتع ولا يصح ما قاله ، ولو تمتوا جاز وأساساً وإن لم يكن صحيحاً فلا بد من بيان وجه عدم صحته وأنى له ذلك ؟ (قوله وفيه نظر لأنه يستدل الخ) أقول : لك أن تقول إضافة الفضيلة إلى التمتع بيانية .

وهذا في حق الآفاق ، ومن كان داخل الميقات فهو بمنزلة المكي حتى لا يكون له متعة ولا قران ، بخلاف المكي إذا خرج إلى الكوفة وقرن حيث يصبح لأن عمرته وحجته ميقاتيتان فصار بمنزلة الآفاق

معنى الارتفاق في حق أهل مكة بشرعهما في أشهر الحج ، بخلاف الآفاق فتقاصر عن إيجاب الشكر بإزاحة الدم بالنسبة إلى الآفاق فعديناه إلى كل من ألم بأهله بين النسكين حتى إذا اعتمر الآفاق في أشهر الحج ثم رجع إلى أهله فأقام ثم حج من عامه لا يكون متمتعاً ، وصار شرط التمتع المأذون فيه شرعاً أن لا يلزم بأهله بهذا المأخذ ، إلا أن أبا حنيفة فرق بين كون العود مستحقاً على الآفاق بأن كان ساق الهدى أولاً فيجعل الإمام عند استحقاق العود شرعاً كعدمه وسيأتي . وإذا علمت هذا فقتضاه مع ما قدمنا من الحق من أن التمتع بإطلاق القرآن الكريم وألفاظ الصحابة يعم القران لأنه تمتع للارتفاق بالعمرة في أشهر الحج اشتراط عدم الإمام للقران المأذون فيه أيضاً . فيقتضي في المكي إذا خرج إلى الكوفة ثم عاد فأحرم بهما من الميقات في أشهر الحج ثم فعلهما أن لا يكون القران الشرعي المستعقب الحكم المعلوم من إيجاب الدم شكراً . وهو خلاف ما ذكره مما نض عليه المصنف بقوله : بخلاف المكي إذا خرج إلى الكوفة النخ . قالوا : خص المكي بالقران لأنه لا تمتع له في مثل هذه الصورة لأنه لم يلم بأهله بعد العمرة ولو ساق الهدى لأن العود غير مستحق عليه ، ومقتضى الدليل ما أعلمتك ، بل يقتضي أيضاً بأدنى تأمل وجوب الدم جبراً على الآفاق إذا عاد وألم ثم رجع وحج من عامه إذا كانوا أوجبوه على المكي إذا تمتع لارتكابه النهي ، وأنت علمت أن مناط نهي وجود الإمام وهو ثابت في الآفاق الملم ، والله سبحانه وتعالى أعلم . وقوله (لأن عمرته وحجته ميقاتيتان فكان كالآفاق) قالوا يشير إلى أن عدم صحة التمتع منه إذا كان بمكة لإخلاله بميقات أحد النسكين لأنه إن أحرم بهما من الحرم أخل بميقات العمرة ، أو من الحل بميقات الحج للمكي فيكوه ويلزمه الرفض ، ولا يخفى أن ترك الإحرام من الميقات لا يوجب عدم صحة النسك المعين ؛ ألا ترى لو أن آفاقاً جاوز الميقات . ثم أحرم بهما وفعلهما أنه يكون قارناً ويلزمه دم القران مع دم الوقت كما لو جنى على إحرامه بل أولى إذا تأملت . على أن المانع لو كان هذا لصح قران كل مكي بطريق أن يخرج إلى أدنى الحل كالتمتع فيحرم بعمرة ثم ينحط خطوة فيدخل أرض الحرم فيحرم بالحج ، لكن المنع عام وسببه ليس إلا الآية والقران من التمتع ، وقد صرح به المصنف فقال في آخر الباب : والقران منه : أي من التمتع . هذا ثم قيد المحبوبي قران المكي بأن يخرج من الميقات إلى الكوفة مثلاً قبل أشهر الحج . أما إذا خرج بعد دخولها فلا قران له ، لأنه لما دخلت أشهر الحج وهو داخل المواقيت فقد صار ممنوعاً من القران شرعاً فلا يتغير ذلك بخروجه من الميقات ، هكذا روى عن محمد . وقد يقال : إنه لا يتعلق به خطاب المنع مطلقاً ، بل مادام بمكة ، فإذا خرج إلى الآفاق التحق بأهله لما عرف أن كل من وصل إلى مكان صار ملحقاً بأهله ، كالآفاق إذا قصد بستان بني عامر حتى جاز له دخول مكة بلا إحرام

لأن متعته نقصت عن متعة الآفاق بصيرورة دمه دم جبر . وقوله (ومن كان داخل الميقات فهو بمنزلة المكي حتى لا يكون له متعة ولا قران) هذا راجع إلى تفسير . حاضري المسجد الحرام - فعندنا هم أهل مكة ، ومن كان داخل الميقات سواء كان بينه وبين مكة مسيرة سفر أو لم يكن ، وعند الشافعي : هم أهل مكة ومن حوّلها إذا لم يكن بينه وبين مكة مسيرة سفر ، كلها في مبسوط شيخ الإسلام . وقوله (بخلاف المكي) متصل بقوله وليس لأهل مكة تمتع ولا قران : يعني ليس له ذلك مادام بمكة ، بخلاف ما (إذا خرج إلى الكوفة وقرن حيث يصبح) بلا كراهة (لأن عمرته وحجته ميقاتيتان فصار بمنزلة الآفاق) قال المحبوبي : هذا إذا خرج إلى الكوفة قبل أشهر الحج ،

(وإذا عاد المتمتع إلى بلده بعد فراغه من العمرة ولم يكن ساق الهدى بطل تمتعه) لأنه ألم بأهله فيما بين النسكين إماما صحيحا وبذلك يبطل التمتع . كذا روى عن عدة من التابعين . وإذا ساق الهدى فإمامه لا يكون صحيحا ولا يبطل تمتعه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله : يبطل لأنه أداهما بسفرين . ولهما أن العود مستحق عليه ما دام على نية التمتع لأن السوق يمنعه من التحلل فلم يصح الإمام . بخلاف المكي إذا خرج إلى الكوفة وأحرم بعمرة وساق الهدى حيث لم يكن متمتعا لأن العود هناك غير مستحق عليه فصح الإمام

وغير ذلك ، وأصل هذه الكلية الإجماع . على أن الآفاق إذا قدم بعمرة في أشهر الحج إلى مكة كان إحرامه بالحج من الحرم وإن لم يتم بمكة إلا يوما واحدا فإطلاق المصنف حينئذ هو الوجه . هذا وأما على ما قدمناه من البحث فلا يصح منه القران الجائز ما لم يتقصر وطنه بمكة للزوم اشتراط عدم الإمام فيه كالتمتع . فإن قرن لزمه دم كما لو قرن وهو بمكة لما علمت من أن القران من ما صدقات التمتع بالنظم القرآني ويلزم فيه وجود أكثر أشواط العمرة في أشهر الحج لأنه التمتع بالعمرة إلى الحج في أشهر الحج . وجوب الشكر بالدم ما كان إلا لفعل العمرة فيها ثم الحج فيها ، وهذا في القران كما هو في التمتع . وما عن محمد فيمن أحرم بهما وطاف لعمرته في رمضان أنه قارن ولا دم عليه مراد به القارن بالمعنى اللغوي ، إذ لاشك في أنه قرن : أي جمع ، ألا ترى أنه نبي لازم القران بالمعنى الشرعي المأذون فيه وهو لزوم الدم ونبي اللازم الشرعي نبي الملزوم الشرعي . والحاصل أن النسك المستعقب للدم شكرا هو ما تحقق فيه فعل المشروع المرتفق به الناسخ لما كان في الجاهلية وذلك بفعل العمرة في أشهر الحج ، فإن كان مع الجمع في الإحرام قبل أكثر طواف العمرة فهو المسمى بالقران وإلا فهو التمتع بالمعنى العرفي وكلاهما التمتع بالإطلاق القرآني وعرف الصحابة . وهو في الحقيقة إطلاق اللغة لحصول الفرق بهذا النسخ . هذا كله على أصول المذهب ، وأما ما اعتقده مقتضى الدليل فسأذكره من قريب إن شاء الله تعالى (قوله وإذا عاد) الحاصل أن عود الآفاق الفاعل للعمرة في أشهر الحج إلى أهله ثم رجوعه وحججه من عامه إن كان لم يسق الهدى بطل تمتعه باتفاق علمائنا ، وإن كان ساق الهدى فكذلك عند محمد . وقال أبو حنيفة وأبي يوسف : لا يبطل إلحاقا لعوده بالعدم بسبب استحقاق الرجوع شرعا إذا كان على عزم التمتع . والتقييد بعزم التمتع لنفي استحقاق العود شرعا عند علمه فإنه لو بدا له بعد العمرة أن لا يحج من عامه لا يؤاخذ بذلك فإنه لم يحرم بالحج بعد ، وإذا ذبح الهدى أو أمر بذبحه يقع تطوعا ، ثم استدلل المصنف عليه بقول التابعين ، وقول من نعلمه قاله منهم مطلق . والظاهر أنهم أيضا أخذوه من قوله تعالى - ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام - إذ لاسنة ثابتة في ذلك من روايتهم : روى الطحاوي

وأما إذا خرج بعدها فقد منع من القران فلا يتغير بخروجه من الميقات . وإنما خص القران بالذكر لأنه إذا خرج المكي إلى الكوفة واعتذر لا يكون متمتعا على ما ذكره . قوله (وإذا عاد المتمتع إلى بلده بعد فراغه من العمرة ولم يكن ساق الهدى بطل تمتعه) باتفاق أصحابنا (لأنه ألم بأهله فيما بين النسكين إماما صحيحا) وقد تقدم تفسيره (وبذلك يبطل التمتع كذا روى عن) ابن عباس و (عدة من التابعين) وهذا لأن حد التمتع ليس بصادق . عليه حيث أنشأ لكل نسك سفرا من أهله ، والمتمتع من يترفق بأداء النسكين في سفرة واحدة (وإذا ساق الهدى فإمامه لا يكون صحيحا) على ما ذكره في الكتاب وهو واضح . وقوله (بخلاف المكي) متصل بقوله وإذا ساق الهدى فإمامه لا يكون صحيحا : يعني الآفاق إذا فعل ذلك لا يكون لإمامه صحيحا بخلاف المكي (إذا خرج إلى الكوفة وأحرم بعمرة وساق الهدى حيث لم يكن متمتعا لأن العود هناك غير مستحق عليه) لأن المراد بالعود هو ما يكون عن الوطن

بأهله (ومن أحرم بعمره قبل أشهر الحج فطاف لها أقل من أربعة أشواط ثم دخلت أشهر الحج فتممها وأحرم بالحج كان متمتعا) لأن الإحرام عندنا شرط فيصح تقديمه على أشهر الحج . وإنما يعتبر أداء الأفعال فيها وقد وجد الأكثر وللاكثر حكم الكل (وإن طاف لعمرته قبل أشهر الحج أربعة أشواط فصاعدا ثم حج من عامه ذلك لم يكن متمتعا) لأنه أدى الأكثر قبل أشهر الحج . وهذا لأنه صار بحال لا يفسد نسكه بالجماع . فصار كما إذا تحلل منها قبل أشهر الحج . ومالك رحمه الله يعتبر الإتمام في أشهر الحج والحجة عليه ما ذكرنا ،

عن سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس ومجاهد والنخعي أن المتمتع إذا رجع بعد العمرة بطل تمتعه ، وكذا ذكر الرازي في كتاب [أحكام القرآن] . والذي يظهر من مقتضى الدليل أن لا تمتع لأهل مكة ولا قران ، وأن رجوع الآفاقي إلى أهله ثم عوده وحجه من عامه لا يبطل تمتعه مطلقا . وهذا لأن الله تعالى قيد جواز التمتع بعدم الإلمام بالأهل القاطنين بالمسجد الحرام : أى مكة ومن ألحق بأهلها بقوله تعالى - ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام - فأفاد مانعية الإلمام عن التمتع وعليته لعدم الجواز بقيد كونه في مكة ، فتعدية المنع بتعدية الإلمام إلى ما يقرب حاضري المسجد الحرام من الأهل تبتقى على إلغاء قيد الكون بالمسجد الحرام واعتبار المؤثر مطلق الإلمام وصحته تتوقف على عقلية عدم دخول القيد في التأثير وكونه طرديا ، والواقع خلافه للعلم بأن حصول الفرق التام بشرعية العمرة في أشهر الحج المنتهض مؤثرا في إيجاب الشكر إذا حج في تلك الأشهر التي اعتمر فيها إنما هو للآفاقي لا لحاضري المسجد الحرام القاطنين فيه لأنهم لا يلحقهم من المشقة نحو ما يلحق الآفاقي بمنع العمرة في أشهر الحج ، بخلاف الآفاقي فكان فائدة شرعية العمرة فيها في حق الآفاقي هو الظاهر فناسب أن يخص هو بشرعية التمتع فكان قيد حضور الأهل في أحرم ظاهر الاعتبار في المنع من التمتع فلا يجوز إلغاؤه ، والله سبحانه أعلم (قوله ومالك يعتبر الإتمام في أشهر الحج) أى في كونه متمتعا إذا حج من عامه . فالمداهب ثلاثة : مذهبا : يصير متمتعا إذا أدى أكثر أفعال العمرة في أشهر الحج وإن أحرم بها قبلها . ومذهب مالك : إذا أتمها فيها وإن فعل الأكثر خارجها . ومذهب الشافعي : لا يصير متمتعا حتى يحرم بالعمرة في أشهر الحج وهو بناء على أن الإحرام ركن . وعندنا هو

إلى الحرم أو إلى مكة وليس ههنا بوجود لكونه في الحرم أو في مكة فلا يتصور العود ، وإذا ساق الهدى لا يكون متمتعا فلأن لا يكون إذا لم يسق كان أولى . وقوله (ومن أحرم بعمره قبل أشهر الحج) فيه ثلاثة مذاهب : ذهب الشافعي إلى أنه إذا أحرم بالعمرة قبل أشهر الحج لا يكون متمتعا وإن أدى الأعمال فيها . وقال مالك : هو متمتع وإن لم يؤد فيها إذا كان التحلل عن إحرام العمرة فيها . وقلنا : إن أدى أربعة أشواط فيها كان متمتعا وإلا فلا . وجه قول الشافعي إنه لم يجمع بين النسكين في أشهر الحج لتقدم ركن العمرة عليها وهو الإحرام ، وجه قول مالك أن الجمع بينهما موجود باعتبار الإتمام وهو التحلل فيها ، ولنا ما ذكر في الكتاب أن الإحرام شرط فجاز تقديمه كتقديم الطهارة على وقت الصلاة ، والاعتبار بأداء الأفعال فيها وقد وجد الأكثر وللاكثر حكم الكل . قيل : ألم يعارضه نص فإن ثلاث ركعات من الظهر ليس لها حكم الكل لمعارضة النص الناطق برعاية الظهر . قوله ، فإن طاف لعمرته قبل أشهر الحج (ظاهر مما ذكرناه . قوله (وهذا) إشارة إلى أنه لم يكن متمتعا ، وأراد بالنسك العمرة ، ومعناه أن نسك العمرة يفسد إذا جامع بعد ما طاف ثلاثة أشواط ولم يفسد بعد ما طاف أربعة أشواط ، فإن طاف أربعة أشواط قبل أشهر الحج صار بحيث لا يفسد نسكه بالجماع فصار كأنه تحلل قبل أشهر الحج ، ولو تحلل قبلها لم يكن متمتعا فكذا هذا ، وعلى هذا يكون هذا المذكور حجة على مالك لأنه يعتبر الإتمام وهذا في حكم

ولأن الترفق بأداء الأفعال والمتمتع المترقى بأداء النسكين في سفرة واحدة في أشهر الحج . قال (وأشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة) كذا روى عن العبادلة الثلاثة وعبد الله بن الزبير رضى الله تعالى عنهم أجمعين ، ولأن الحج يفوت بمضى عشر ذي الحجة ، ومع بقاء الوقت لا يتحقق الفوات ،

شرط فلا يكون من مسمى العمرة . هذا وهل يشترط في القرآن أيضا أن يفعل أكثر أشواط العمرة في أشهر الحج ؟ ذكر في المحيط أنه لا يشترط ، وكأنه مستند في ذلك إلى ما قدمناه عن محمد رحمه الله فيمن أحرم بهما ثم قدم مكة وطاف لعمرة في رمضان أنه قارن ولا هدى عليه ، وتقدم أنه غير مستلزم لذلك ، وأن الحق اشتراط فعل أكثر العمرة في أشهر الحج لما قدمناه (قوله كذا روى عن العبادلة الثلاثة وعبد الله بن الزبير) العبادلة في عرف أصحابنا

الإتمام في حق عدم الفساد فكنا في حق كونه غير متمتع (ولأن الترفق) إنما يكون (بأداء الأفعال ، والمتمتع هو المترقى بأداء النسكين في سفرة واحدة في أشهر الحج) فلا بد أن توجد الأفعال كلها أو أكثرها فيه حتى يكون متمتعاً . والجواب عن الشافعي يفهم من هذا لأن الإحرام ليس من أفعال العمرة بل هو من الشروط (قال : وأشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة) لما ذكر أن المتمتع هو الذي يترقى بأداء النسكين في سفرة واحدة في أشهر الحج احتاج إلى أن يبين الأشهر فقال : أشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة . فإن قلت : هل للمتمتع اختصاص بذلك أو التمارن أيضا لا بد له أن يجمع بين النسكين في أشهر الحج . قلت : قال صاحب النهاية : وجدت رواية في المحيط أنه لا يشترط لصحة القران ذلك . قال في المتقى : رجل جمع بين حجة وعمره : أى أحرم ثم قدم مكة وطاف لعمرة في شهر رمضان كان قارنا ولكن لا هدى عليه . قوله (كذا روى عن العبادلة الثلاثة وعبد الله بن الزبير) إنما فصل عبد الله بن الزبير عن العبادلة وهم عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس لأنه ما كان يفهم في عرفهم من إطلاق العبادلة إلا هؤلاء الثلاثة ، وأما في عرف المحدثين فالعبادة عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عمرو وعبد الله بن الزبير وليس عبد الله ابن مسعود منهم لأنه كان تقدم موته (ولأن الحج يفوت بمضى عشر ذي الحجة ومع بقاء الوقت لا يتحقق الفوات) وفي هذا إشارة إلى نفي قول مالك إن وقت الحج جميع الأشهر الثلاثة ، وهو مروى عن عروة بن الزبير استدلالا بقوله تعالى - الحج أشهر معلومات - وأقل الجمع المتفق عليه ثلاثة . وفائدة ذلك إنما تظهر في حق جواز تأخير طواف الزيارة إلى آخر ذي الحجة . فإن قلت : الحج يفوت بمضى عشر ليال وتسعة أيام فلا يكون اليوم العاشر وهو يوم النحر من وقت الحج . قلت : هو متمسك أبي يوسف في غير ظاهر الرواية ، ولكننا نقول : فوات الحج بطلوع الفجر من يوم النحر لأن الوقوف وهو الركن الأعظم موقت بوقت مخصوص يفوت بفواته لأنه خرج وقت الحج ؛ ألا ترى أن طواف الزيارة مخصوص بيوم النحر لا يجوز قبله وهو ركن والركن لا يجوز أن يكون في غير وقته . ولقائل أن يقول : إن اعتبرتم الفوات يلزم أن لا يكون يوم النحر من وقت الحج ، وإن اعتبرتم أداء الأركان وجب أن يكون اليوم الثاني والثالث من وقت الحج لأن طواف الزيارة يجوز فيهما ، وحينئذ جاز أن يكون ذو الحجة إلى آخره من وقت الحج كما قال مالك ، والحق أن يقال : المعول في ذلك ما نقل عن العبادلة وغيرهم من الصحابة والتابعين أن أشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة ، وفيه نظر لأن المنقول عنهم

(قال المصنف : ولأن الحج يفوت بمضى عشر ذي الحجة) أقول : فيه بحث ، لأن طواف الإفاضة يجوز في الحادي عشر والثاني عشر على ما سبق

وهذا يدل على أن المراد من قوله تعالى - الحج أشهر - معلومات شهران وبعض الثالث لأكله

عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس رضى الله عنهم ، وفي عرف غيرهم أربعة أخرجوا ابن مسعود وأدخلوا ابن عمرو بن العاص وابن الزبير ، قاله أحمد بن حنبل وغيره. وغلطوا صاحب الصحاح إذ أدخل ابن مسعود وأخرج ابن عمرو بن العاص ، قيل لأن ابن مسعود تقدمت وفاته وهؤلاء عاشوا حتى احتجج إلى علمهم . ولا يخفى أن سبب غلبة لفظ العبادلة في بعض من سمي بعبد الله من الصحابة دون غيرهم مع أنهم نحو ماثنى رجل ليس إلا لما يؤثر عنهم من العلم وابن مسعود أعلمهم ، ولفظ عبد الله إذا أطلق عند المحدثين انصرف إليه فكان اعتباره من مسمى لفظ العبادلة أولى من الباقيين ، ولو سلم أنه لا غلبة في اعتباره جزء المسمى فلا مشاحة في وضع الألفاظ . ثم حديث ابن عمر أخرجه الحاكم وصححه وعلقه البخارى ، وحديث ابن عباس أخرجه الدارقطنى وكذا أخرجه أيضا عن ابن مسعود ، وأخرجه ابن أبى شيبة أيضا . وحديث ابن الزبير أخرجه الدارقطنى عنه قال : أشهر الحج شوال ، وذو القعدة وذو الحجة ، إن هذه الأشهر ليست أشهر العمرة إنما هي للحج وإن كان عمل الحج قد انقضى بانقضاء أيام منى . وعن أبى يوسف أنه أخرج يوم النحر عنها فهى شوال وذو القعدة وعشر ليال من ذى الحجة ، واستبعد باستبعاد أن يوضع لأداء ركن عبادة وقت ليس وقتها ولا هو منه . وفائدة كونه من أشهر الحج تظهر فيما لو قدم المحرم بالحج يوم النحر فطاف للقدوم وسعى وبقي على إحرامه إلى قابل فإنه لاسعى عليه عقيب طواف الزيارة لوقوع ذلك السعى معتدا به ، وأيضا لا يكره الإحرام بالحج فيه مع أنه يكره الإحرام بالحج في غير أشهر الحج ؛ وأيضا لو أحرم بعثرة يوم النحر فأتى بأفعالها ثم أحرم من يومه ذلك بالحج وبقي

وعشر من ذى الحجة بالتذكير وهو الليالى فلا يكون حجة في دخول يوم النحر في وقت الحج . والجواب أن ذكر أحد العددين من الليالى والأيام بلفظ الجمع يقتضى دخول ما يلزاه من العدد الآخر كما تقدم في الاعتكاف . فإن قيل : سلمنا ذلك لكن ما وجه دخول شوال وذى القعدة في وقته وأداء الحج لا يصح فيهما ؟ أجيب بأن بعض أفعاله يصح فيهما ؛ ألا ترى أن الآفاق إذا قدم مكة في شوال وطاف طواف القدوم وسعى بعده فإن هذا السعى يكون السعى الواجب في الحج فإنه لا يجب إلا مرة واحدة ، ولو فعل ذلك في رمضان لم يجزه عن السعى الواجب في الحج . وقوله (وهذا) أى ما روى عن العبادلة وما ذكرنا من المعقول (يدل على أن المراد من قوله تعالى - الحج أشهر معلومات - شهران وبعض الشهر الثالث لأكله) ولم يذكر كيفية الدلالة على ذلك . ومن الشارحين من قال : لفظ أشهر عام فيجوز أن يراد منه بعض وليس شئ لأن ما ينتهى إليه الخصوص إذا كان العام جمعا الثلاثة ، ولأن الخصوص إنما يكون بإخراج بعض أفراد العام لا بإخراج بعض كل فرد . ومنهم من قال : اسم الجمع يشترك فيه ما وراء الواحد بدليل قوله تعالى - فقد صغت قلوبكما - فإن المراد بالجمع الثنية . ورد بأن ذلك عند عدم الإلباس كما في هذا المثال وما نحن فيه ملبس . وأقول : هو من باب ذكر الكل وإرادة الجزء . فإن قلت : فيكون مجازا فلا بد له من قرينة . قلت : سياق الكلام لأنه قال الحج أشهر والحج نفسه ليس بأشهر . فكان تقديره والله أعلم : الحج في أشهر . والظرف لا يستلزم الاستغراق فكان البعض مرادا . وعينه ما روى عن

(قوله ولم يذكر كيفية الدلالة على ذلك) أقول : أى كيفية دلالة لفظ الأشهر على شهرين وبعض الثالث ، لا كيفية دلالة ما روى عن العبادلة وما ذكر من المعقول (قوله والظرف لا يستلزم الاستغراق) أقول : الأصوب أن يقال : لا يجمع الاستغراق (قوله فكان البعض مرادا الخ) أقول : فيه تحاشان

(فإن قدم الإحرام بالحج عليها جاز لإحرامه وانعقد حجا) خلافا للشافعي رحمه الله، فإن عنده يصير محرما بالعمرة لأنه ركن عنده وهو شرط عندنا فأشبه الطهارة في جواز التقديم على الوقت، ولأن الإحرام تحريم أشياء وإيجاب أشياء، وذلك يصح في كل زمان فصار كالتقديم على المكان. قال (وإذا قدم الكوفى بعمرة في أشهر الحج وفرغ منها وحلق أو قصر ثم اتخذ مكة أو البصرة دارا وحج من عامه ذلك فهو متمتع) أما الأول فلا لأنه ترفق بنسكين في سفر واحد في أشهر الحج. وأما الثاني فقليل هو بالاتفاق. وقيل هو قول أبي حنيفة رحمه الله. وعندهما لا يكون

محرما إلى قابل فحج كان متمتعا، وهذا يعكر على ما تقدم ويوجب أن يوضع مكان قولهم وحج من عامه ذلك في تصوير المتمتع وأحرم بالحج من عامه ذلك (قوله فإن قدم الإحرام بالحج عليها جاز) لكنه يكره. فقليل لأنه يشبه الشرط لعدم اتصال الأفعال والركن، ولذا إذا أعتق العبد بعد ما أحرم لا يتمكّن من أن يخرج بذلك الإحرام عن القرض، فالجواز للشبه الأول والكراهة للثاني. وقيل هو شرط والكراهة للطول المتضمن إلى الوقوع في محظوره (قوله أما الأول) وهو ما إذا اتخذ مكة دارا حتى صار متمتعا بالاتفاق (وأما الثاني) وهو ما إذا اتخذ البصرة دارا (فقليل هو بالاتفاق) كالأول، قاله الجصاص لأنه ذكره في الجامع الصغير من غير خلاف (وقيل هو قول أبي حنيفة)

العبادة وغيرهم. وقوله (فإن قدم الإحرام عليها) أى على أشهر الحج (جاز لإحرامه) عندنا (وانعقد حجا خلافا للشافعي، فإن عنده يصير محرما بالعمرة لأنه ركن عنده) فلا يتحقق قبل أو انه. فإن قيل: المذكور في الكتاب يدل على أنه لا يقع عن الحج والمدعى وقوعه لإحراما للعمرة. فالجواب أن الإحرام إذا وجد ولم يصلح أن يكون للحج ينصرف إلى ما يصلح له حذرا عن الإلغاء كمن نوى صوم القضاء من النهار فإنه يكون شارعا في النفل (وهو شرط عندنا فأشبه الطهارة في جواز التقديم على الوقت) فإن قيل: لو كان شرطا لما كره قبل أشهر الحج لكنه مكروه. أجب بأن الكراهة ليست للتقديم على الوقت بل للتأخير في المأخوذ بطول الزمان. وقوله (ولأن الإحرام تحريم أشياء) أى يستلزمه كتحريم قتل الصيد ولبس الخيوط وحلق الرأس ونحو ذلك (وإيجاب أشياء) كالسعى والرمي وأمثالهما (وذلك يصح في كل زمان فصار كالتقديم على المكان) يعنى الميقات. لا يقال: هذا كله تعليل في مقابلة النص، وهو ما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال «المهل بالحج في غير أشهر الحج مهل بالعمرة» وفي ذلك دلالة على أنه ليس بشرط حيث لم يصح تقديمه. لأننا نقول: هذا الحديث شاذ جدا فلا يعتمد على مثله. قال (وإذا قدم الكوفى بعمرة) هذه المسألة على أربعة أوجه: الأول هو ما ذكره في الكتاب بقوله (ثم اتخذ مكة دارا) يعنى أقام بها بعد ما فرغ من العمرة وحلق ثم حج من عامه ذلك وهو في هذا الوجه متمتع. والثاني ما ذكره ثانيا بقوله (أو البصرة دارا وحج من عامه ذلك) وقال هو متمتع وهو ينصرف إلى الوجهين جميعا وهو رواية الجامع الصغير ولم يذكر فيه خلافا. والثالث هو أن يخرج من مكة ولا يتجاوز الميقات حتى يحج من عامه ذلك، وفيه أيضا متمتع، ولم يذكره لأن حكمه يعلم من الوجه الأول. والرابع هو أن يخرج من مكة ويتجاوز الميقات وعاد إلى أهله ثم حج من عامه ذلك. وفي هذا الوجه ليس بمتمتع لأنه ألم بأهله إلماما صحيحا ومثله لا يكون متمتعا ولم يذكره لكونه معلوما مما تقدم. وقوله (أما الأول) أى الوجه الأول وإنما صار فيه متمتعا (لأنه ترفق بنسكين في سفر واحد في أشهر الحج) من غير أن يلم بأهله إلماما صحيحا ومثله متمتع (وأما الثاني فقليل هو بالاتفاق) ذكر

(قال المصنف: فإن قدم الإحرام عليها جاز لإحرامه) أقول: ومن تقرير الدليل يظهر وجه التفرع فإنه شرط متفصل يتقدم على الحج لأنه يكون يوم عرفة وما بعده فيجوز التقديم على وقته أيضا، وهذا ليس كالتحريم فإنه شرط متصل (قوله فإن قيل المذكور الخ)

متمتعاً لأن المتمتع من تكون عمرته ميقاتية وحجته مكية ونسكاه هذان ميقاتيان . وله أن السفرة الأولى قائمة ما لم يعد إلى وطنه ، وقد اجتمع له نسكان فيها فوجب دم التمتع (فإن قدم بعمره فأفسدها وفرغ منها وقصر ثم اتخذ البصرة داراً ثم اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه لم يكن متمتعاً عند أبي حنيفة) رحمه الله (وقالوا هو متمتع) لأنه إنشاء سفر وقد تفرق فيه بنسكين . وله أنه باق على سفره ما لم يرجع إلى وطنه (فإن كان رجوعاً إلى أهله ثم اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه يكون متمتعاً في قولهم جميعاً) لأن هذا إنشاء سفر لانتهاء السفر الأول ، وقد اجتمع له نسكان صحيحان فيه ، ولو بقي بمكة ولم يخرج إلى البصرة حتى اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه لا يكون متمتعاً بالاتفاق لأن عمرته مكية والسفر الأول انتهى بالعمره الفاسدة ولا تمتع لأجل مكة (ومن اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه فأيهما

وفي قولهما لا يكون متمتعاً ، قاله الطحاوي . والمسألة التي تأتي بعد هذه وهي ما إذا أفسد العمره ترجح قول الطحاوي ، ومبنى الخلاف فيها على أن سفره الأول انتقض بقصد البصرة والنزول بها ونحوها كالطائف وغيره مما هو خارج المواقيت أولاً ، فعندهما نعم ، فلا يكون متمتعاً في الأولى لأنه لم يترق بالنسكين في سفرة ويكون متمتعاً في الثانية ، وهي ما إذا أفسد العمره ثم اتخذ البصرة داراً ثم قدم بعمره قضاء وحج من عامه لأن ذلك السفر انتهى بالانقضاء ، وهذا سفر آخر حصل فيه نسكين صحيحين . وعنده لا فيكون متمتعاً في الأولى لحصولهما صحيحين في سفرة ولا يكون متمتعاً في الثانية لأنه لم يحصلهما صحيحين في السفرة الواحدة ، وتقيدهم بكونه اتخذ

الخصاص أنه لا يكون متمتعاً على قول الكل ، ذكره في المحيط ، وقول المصنف ملبس لأنه قال قليل هو بالاتفاق وهو محتمل أن يكون في كونه متمتعاً وفي كونه لا يكون متمتعاً . والثاني هو المراد على ما ذكره الخصاص . وروى الحاكم الشهيد عن أبي عصمة سعد بن معاذ أن ما ذكر في الكتاب : يعني الجامع الصغير قول أبي حنيفة ، وعلى قولهما لا يكون متمتعاً ، وهكذا ذكر الطحاوي لأن المتمتع من تكون عمرته ميقاتية وحجته مكية ، وهذا ليس كذلك لأن نسكبه ميقاتيان لأنه بعد ما جاوز الميقات حلالاً وعاد يلزمه الإحرام من الميقات فكان كالملك بأهله . ولأبي حنيفة أن السفرة الأولى قائمة ما لم يعد إلى أهله فكان بمنزلة من لم يخرج من الميقات حتى عاد وحج . والحاصل أن الأصل عنده أنه ما لم يصل إلى أهله فهو بمنزلة من لم يجاوز الميقات . وعندهما أن من خرج من الميقات بمنزلة من وصل إلى أهله وإنما قال فوجب دم التمتع ولم يقل فهو متمتع لأن فائدة الخلاف تظهر في حق وجوب الدم ، فقال وجب دم التمتع وهو دم قرابة لكونه دم شكر ولهذا حل له تناول منه فيصير إلى إيجابه باعتبار هذه الشبهة احتياطاً . وقوله (فإن قدم بعمره) أي بإحرام عمره (فأفسدها) بأن جامع امرأته قبل أعمال العمره (وفرغ منها) يعني مضى (وقصر) وتحلل (ثم اتخذ البصرة داراً ثم اعتمر في أشهر الحج) أي قضى العمره التي أفسدها (وحج من عامه ذلك لم يكن متمتعاً عند أبي حنيفة) يعني إذا كان خروجه إلى البصرة في أشهر الحج ، وأما إذا خرج قبل

أقول : يعني قوله لأنه ركن عنه (قوله وقول المصنف ملبس لأنه الخ) أقول : لا إلباس فيه لظهور أن مراد المصنف هو الأول ، والاتفاق الذي ذكره الخصاص في كونه متمتعاً . قال الإمام فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير : محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة رحمه الله في كوفي أن بعمره في أشهر الحج فطاف لها وسمى بين الصفا والمروة ثم حلق أو قصر ثم اتخذ مكة داراً أو أتى البصرة فاتخذها داراً ثم حج من عامه ، قال هو متمتع . وذكر الطحاوي في هذه المسئلة أن عند أبي يوسف ومحمد لا يصير متمتعاً . قال الخصاص : وهذا سهو ، والإصواب أنه بلا خلاف كما ذكر في الكتاب وفي شرح الإمام قاضيخان للجامع الصغير . وأما الوجه الثالث إذا اعتمر في أشهر الحج ثم رجع إلى غير بلده إلى البصرة أو إلى الطائف ونحو ذلك ثم حج من عامه ذلك فهو متمتع . وذكر الطحاوي أن هذا قول أبي حنيفة رحمه الله . أما على قول

أفسد مضى فيه) لأنه لا يمكنه الخروج عن عهدة الإحرام إلا بالأفعال (وسقط دم المتعة) لأنه لم يترق بأداء نسكين صحيحين في سفرة واحدة (وإذا تمتعت المرأة فضحت بشاة لم يجزها عن المتعة) لأنها أتت بغير الواجب ، وكذا الجواب في الرجل (وإذا حاضت المرأة عند الإحرام اغتسلت وأحرمت وصنعت كما يصنع الحاج غير أنها لاتطوف بالبيت حتى تطهر)

البصرة ونحوها دارا اتفاقا ، بل لا فرق بين أن يتخذها دارا أو لا . صرح به في البدائع فقال : فأما إذا عاد إلى غير أهله بأن خرج من الميقات ولحق بموضع لأهله القران والتمتع كالبصرة مثلا واتخذ هناك دارا أولم يتخذ توطن بها أولم يتوطن النخ ، وإذا رجعت إلى ماسمعت من قريب من أن من وصل إلى مكان كان حكمه حكم أهله إذا كان قصده إليه زال الرب

[فروع] لو عاد إلى أهله بعد ما طاف لعمرة قبل أن يلحق ثم حج من عامه فهو متمتع لأن العود مستحق عليه عند من جعل الحرم شرط جواز الحلق وهو أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله . وعند أبي يوسف رحمه الله إن لم يكن مستحقا فهو مستحب كذا في البدائع . وذكر بعده بنحو ورقتين فيمن اعتمر في أشهر الحج فقال : وإن رجع إلى أهله بعد ما طاف أكثر طواف العمرة أو كته ولم يحل ولم يأهله محرما ثم عاد وأتم عمرته وحج من عامه فهو متمتع في قول أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لحمد . له أنه أدى العمرة بسفرتين وأكثرها حصل في السفر الأول وهذا يمنع التمتع . ولهما أن لما لم يصح بدليل أنه يباح له العود بذلك الإحرام لا بإحرام جديد فصار كأنه أقام بمكة . ولو عاد بعد ما طاف ثلاثة أشواط ثم رجع فأتمها وحج من عامه كان متمتعا . ولو أفسد العمرة ومضى فيها حتى أتمها ثم رجع إلى أهله ثم عاد وقضاهما وحج من عامه فهو متمتع ، لأنه لما لحق بأهله صار من أهل التمتع وقد أتى به . ولو أنه لما فرغ من الفاسدة لم يخرج أو لم يجاوز الميقات حتى قضى عمرته وحج لا يكون متمتعا لأنه حينئذ كواحد من أهل مكة ، حتى لو حج من عامه كان مسيئا وعليه لإساءته دم . ولو خرج بعد إتمام الفاسدة إلى خارج المواقيت كالطائف ونحوه مما لأهله المتعة ثم رجع فقضى عمرته الفاسدة وحج من عامه فهو على الخلاف . عنده ليس بمتمتع

أشهر الحج واعتمر وحج من عامه ذلك فإنه يكون متمتعا بلا خلاف ، كذا في النهاية ناقلنا عن مبسوط شيخ الإسلام والفوائد الظهيرية . وقال أبو يوسف ومحمد : هو متمتع ، والوجه من الجانبين ما ذكره في الكتاب . وقوله (وإذا تمتعت المرأة فضحت بشاة لم يجزها عن المتعة لأنها أتت بغير الواجب عليها) إذ الواجب عليها دم المتعة والأضحية ليست بواجبة ، ولئن كانت واجبة بأن اشترت بنية الأضحية فذلك واجب آخر عليها غير ما وجب بالتمتع (وكذلك الجواب في الرجل) وإنما خصت المرأة لأن السائلة كانت امرأة فوضعت المسألة على ما وقع وإما لأن الغالب من حالن الجهل ونية التضحية في هدى المتعة لا تكون إلا عن جهل . ثم لما لم يجزها عن دم المتعة كان عليها دمان سوى ما ذبح : دم المتعة الذي كان واجبا عليها ، ودم آخر لأنها قد حلت قبل الذبح (وإذا حاضت المرأة عند الإحرام اغتسلت وأحرمت وصنعت كما يصنع الحاج غير أنها لاتطوف بالبيت حتى

أبي يوسف ومحمد لا يكون متمتعا . وذكر المصنف أن المذكور في الكتاب هو الكل لا خلاف لما فيه ، وهكذا في شرح الصدر الشهيد . نعم ذكر في المحيط على ما نقله الشارح إلا أن المصنف اختار قول شراح الجامع الصغير فلا وجه للاعتراض عليه بأن قوله ملبس فبصر ، والله الموفق (قوله لأنها قد حلت قبل الذبح) أقول : فيه بحث ، إلا إذا فرض حلقها .

لحديث عائشة رضي الله عنها حين حاضت بسرف

لأنه على سفره الأول فكأنه لم يخرج من مكة فحين فرغ من الفاسدة لزمه أن يقضيها من مكة لأنه من أهل مكة . فلما خرج ثم أحرم بها فقضاها صار ملما بأهله كما فرغ فيبطل تمتعه ، كما المكي إذا خرج ثم عاد فاعتمر ثم حج من عامه . وعندهما ممتع لانهاء سفره الأول . فهو حين عاد آفاق فعلهما في أشهر الحج ، هذا إذا اعتمر في أشهر الحج وأفسدها ، فأما إذا كان اعتمر قبل أشهر الحج وأفسدها وأتمها على الفساد، فإن لم يخرج من الميقات حتى يدخل أشهر الحج فقضى عمرته فيها ثم حج من عامه فليس بمتع اتفاقا وهو كمن تمتع فيكون مسينا وعليه دم . فلو عاد إلى غير أهله إلى موضع لأهله المتعة ثم عاد بإحرام العمرة ثم عاد فقضاها في أشهر الحج ثم حج من عامه . وفي قول أبي حنيفة هذا على وجهين : في وجه يكون متمتعا وهو ما إذا رأى هلال شوال مخارج المواقيت . وفي وجه لا يكون متمتعا وهو ما إذا رأى هلال شوال داخل المواقيت ، لأن في الوجه الأول أدركه أشهر الحج وهو من أهل التمتع ، وفي الثاني أدركته وهو ممنوع منه لأنه لا يزول المنع حتى يلحق بأهله . وعندهما هو متمتع في الوجهين بناء على انقضاء السفارة الأولى بلحقه بذلك الموضع فهو كما لو لحق بأهله . هذا وكلام الأصحاب كله على أن الخروج إلى الميقات من غير مجاوزة بمنزلة عدم الخروج من مكة لأن أهل المواقيت في حكم حاضري المسجد الحرام حتى إنه ليس لهم تمتع ولا قران ، ويحل لهم دخول مكة بغير إحرام إذا لم يريدوا النسك إلا ما ذكر الطحاوي أنه بمنزلة العود إلى الأهل . قال : لو فرغ من عمرته وحل ثم ألم بأهله أو خرج إلى ميقات نفسه ثم عاد وأحرم بحجة من الميقات وحج من عامه لا يكون متمتعا بالإجماع لأن العود إلى ميقات نفسه ملحق بالأهل من وجه . ولو خرج إلى غير ميقات نفسه ولحق بموضع لأهله المتعة اتخذ دارا أولا توطن أولا ، ثم أحرم من هناك وحج من عامه يكون متمتعا عند أبي حنيفة لعدم الإلحاق بالأهل من كل وجه ، وقالا : لا يكون متمتعا . والمعول عليه ما هو المشهور (قوله لحديث عائشة رضي الله عنها) في الصحيحين عنها قالت : «خرجنا لانرى إلا الحج ، فلما كنا بسرف حضت فدخل رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا أبكي فقال : مالك أنفست ؟ قلت : نعم ، قال : إن هذا أمر كتب الله على بنات آدم : فاقضى ما يقضى الحاج غير أن لا تطوف بالبيت حتى تطهري » . وأخرجنا عن جابر رضي الله عنه قال : «أقبلنا مهلين مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بحج مفرد ، وأقبلت عائشة بعمرة حتى إذا كنا بسرف عركت عائشة ، حتى إذا قدمنا طقنا بالكعبة وبالصفاء والمروة ، فأمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحل منا من لم يكن معه هدى ، قال : فقلنا حل ماذا ؟ قال : الحل كله ، فواقعنا النساء وتطيننا ولبسنا ثيابنا وليس بيننا وبين عرفة إلا أربع ليال ، ثم أهللنا يوم التروية ثم دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم على عائشة وهي تبكي فقال لها ما شأنك ؟ قالت : شأني أني حضت وقد حل الناس ولم أحلل ولم أطف بالبيت والناس يذهبون إلى الحج الآن ، قال : إن هذا أمر كتب الله على بنات آدم فاعتسلي ثم أهلي بالحج ، ففعلت ووقفت المواقف ، حتى إذا

تطهر لحديث عائشة حين حاضت بسرف) وهو ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل عليها وهي تبكي فقال : ما يبكيك لعلك نفست ؟ فقالت : نعم ، فقال عليه الصلاة والسلام : هذا شيء كتب الله على بنات آدم ، دعي عنك العمرة . أو قال : ارفضي عمرتك وانقضي رأسك وامتشطي واصنعي جميع ما يصنع الحاج ، غير أن لا تطوف بالبيت والاستدلال إنما هو بقوله واصنعي جميع ما يصنع الحاج ، وليس فيه ما يدل على الاغتسال ، ولكن فيما روى أبو داود في السنن بإسناده إلى عائشة قالت «نفست أسياء بنت عيسى بمحمد بن أبي بكر ، فأمر النبي

- ٢٣ -

ولأن الطواف في المسجد والوقوف في المفازة، وهذا الاغتسال للإحرام للصلاة فيكون مفيدا (فإن حاضت بعد الوقوف وطواف الزيارة انصرفت من مكة ولا شيء عليها لطواف الصدر) لأنه عليه الصلاة والسلام رخص للنساء الحيض في ترك طواف الصدر (ومن اتخذ مكة دارا فليس عليه طواف الصدر) لأنه على من يصدر إلا إذا اتخذها دارا بعد ما حل النفر الأول فيما يروى عن أنى حنيفة رحمه الله، ويرويه البعض عن محمد رحمه الله ، لأنه وجب عليه بدخول وقته فلا يسقط بنية الإقامة بعد ذلك . والله أعلم بالصواب .

طهرت طافت بالكعبة وبالصفاء والمروة . ثم قال : قد حلت من حجتك وعمرتك جميعا . قالت : يا رسول الله إني أجد في نفسي أني لم أطف بالبيت حتى حججت . قال : فاذهب بها يا عبد الرحمن فأعمرها من التمتع . اهـ . وقد يتمسك به من يكتفي لهما بطواف واحد وهو غير لازم . ومعنى حلت من حجتك وعمرتك لا يستلزم الخروج منهما بعد قضاء فعل كل منهما ، بل يجوز ثبوت الخروج من العمرة قبل إتمامها ويكون عليها قضاؤها ، ألا ترى إلى قولها في الرواية الأخرى في الصحيحين « ينطلقون بحج وعمرة » وأنطلق بحج فأقرها على ذلك ولم ينكر عليها ، وأمر أخاها أن يعمرها من التمتع » وهذا لأنها إذا لم تطف للحيض حتى وقفت بعرفة صارت رافضة للعمرة . وسكوته صلى الله عليه وسلم إلى أن سأله إنما يقتضي تراخي القضاء لعدم لزومه أصلا (قوله ولأن الطواف في المسجد) يعني ولا يحل للحائض دخوله . والحاصل أن حرمة الطواف من وجهين : دخولها المسجد وترك واجب الطواف ، فإن الطهارة واجبة في الطواف فلا يحل لها أن تطوف حتى تطهر . فإن طافت كانت عاصية مستحقة لعقاب الله تعالى ولزمها الإعادة ، فإن لم تعده كان عليها بدنة وتم حجها . والله سبحانه أعلم وأحكم .

صلى الله عليه وسلم أبابكر فأمرها أن تغتسل وتهل « دليل على ذلك (ولأن الطواف في المسجد) والحائض منهية عن دخوله (والوقوف في المفازة) وليست بمنية عنها . فإن قيل : لافائدة في هذا الاغتسال لأنها لا تطهر به مع قيام الحيض . أجاب بقوله (وهذا الاغتسال للإحرام لا للصلاة فيكون مفيدا) للنظافة . وقوله (ولا شيء) عليها لطواف الصدر) أى لترك طواف الصدر (لأنه صلى الله عليه وسلم رخص للنساء الحيض في ترك طواف الصدر) روت عائشة « أن صفية بنت أبي حبي حاضت ، فقال النبي عليه الصلاة والسلام : عقرى حلتى إنك لحابستنا ، أما كنت طفت يوم النحر ؟ قالت بلى . قال عليه الصلاة والسلام : فلا بأس انقري » فلما ثبتت الرخصة للحائض والنفساء في ترك طواف الصدر لم يجب بتركه شيء لأن الأصل أن كل نسك جاز تركه بعذر لا يجب بتركه كفارة . وعقرى وحلتى عند المحدثين فعل . ومعناه : عقر جسدها وأصابها في حلقها وجع . وقوله (ومن اتخذ مكة دارا) ظاهر . وقوله (بعد ما حل النفر الأول) يعني اليوم الثالث من أيام النحر (لأنه وجب بدخول وقته فلا يسقط بنية الإقامة بعد ذلك) كمن أصبح وهو مقيم في رمضان ثم سافر لا يحل له أن يفطر . فأما إذا اتخذ مكة دارا قبل أن يحل النفر الأول فلا يجب عليه طواف الصدر لأنه صار كقيم سافر قبل أن يصبح فإنه يباح له الإفطار . وعلى قول أبي يوسف يسقط عنه طواف الصدر إلا أن يكون عزم على الإقامة بعد ما افتتح الطواف لأن وقت الطواف باق بعد ما حل النفر الأول ، وما بقى الوقت لا يصير دينا في ذمته فيسقط بالمعارض المعتبر كالمراة التي حاضت في وقت الصلاة يلزمها قضاء تلك الصلاة .

(باب الجنایات)

(وإذا تطيب المحرم فعليه الكفارة)

(باب الجنایات)

بعد ذكر أقسام المحرمين شرع في بيان أحكام عوارض لهم وللحرم . الجنابة فعل محرم . والمراد هنا خاص منه وهو ما تكون حرمة بسبب الإحرام أو الحرم (قوله وإذا تطيب) يفيد مفهوم شرطه أنه إذا شتم الطيب لا كفارة عليه إذ ليس تطيباً ، بل التطيب تكلف جعل نفسه طيباً وهو أن يلصق بيده أو ثوبه طيباً وهو جسم له رائحة طيبة . وائر عفراو والبفسج والياسمين والغالية والريحان والورد والورس والعصفر طيب . وعن أبي يوسف رحمه الله : القسط طيب . وفي الخطمي اختلافهم ، ولا فرق في المنع بين بدنه وإزاره وفراشه . وعن أبي يوسف رحمه الله : لا ينبغي للمحرم أن يتوسد ثوباً مصبوغاً بالزعفران ولا ينام عليه . ثم إن لم يكن على المحرم شيء بشم الطيب والرياحين لكن يكره له ذلك ، وكذا شتم الثمار الطيبة كالنخاح وهي مختلفة بين الصحابة : كرهه عمر وجابر ، وأجازة عثمان وابن عباس . ولا يجوز له أن يشد مسكاً في طرف إزاره : ولا بأس بأن يجلس في حانوت عطار . ولو دخل بيتاً قد أجمر فيه فعلق بثوبه رائحة فلا شيء عليه ، بخلاف ما لو أجمره هو . قالوا إن أجمر ثوبه : يعني بعد الإحرام فإن تعلق به كثير فعليه دم وإلا فصدقة . وكان المرجع في الفرق بين الكثير والليل العرف إن كان : وإلا فلا يقع عند المبلى . وما في الجرد : إن كان في ثوبه شبر في شبر فكث عليه يوماً يطعم نصف صاع . وإن كان أقل من يوم فقبضة ، يفيد التنصيص على أن الشبر في الشبر داخل في القليل . وعلى تقدير الطيب في الثوب بالزمان . ولا بأس بشم الطيب الذي تطيب به قبل إحرامه وبقائه عليه . ولو انتقل بعد الإحرام من مكان إلى مكان من بدنه لأجزاء عليه اتفاقاً : إنما الخلاف فيما إذا تطيب بعد الإحرام وكفر ثم بقي عليه الطيب : منهم من قال : ليس عليه بالبقاء جزاء . ومنهم من قال عليه لأن ابتداءه كان محظوراً فكان كله محظوراً فيكون لبقائه حكم ابتداءه : بخلاف الأول . والرواية توافقه . في المنتقى هشام عن محمد : إذا مس طيباً كثيراً فأراق له دماً ثم ترك الطيب على حاله يجب عليه تركه

(باب الجنایات)

لما فرغ من بيان أحكام المحرمين بدأ بما يعتريهم من العوارض من الجنایات والإحصار والقوات ، وهي جمع جنابة ، والجنابة اسم لفعل محرم شرعاً سواء حل بمال أو نفس . ولكنهم أعنى الفقهاء خصوصاً بالفعل في النفوس والأطراف . فأما الفعل في المال فسموه غصباً . والمراد ههنا فعل ليس للمحرم أن يفعل به ، وإنما جمع لبيان أنها ههنا أنواع (قوله وإذا تطيب المحرم) التطيب عبارة عن لصوق عين له رائحة طيبة ببدن المحرم أو بعضه منه ، فلو شتم طيباً ولم يلتصق ببدنه من عينه شيء لم يجب عليه شيء ذكر أو لا أن تطيب المحرم يوجب الكفارة لقوله صلى الله عليه وسلم « الحاج الشعث الثقل » والتطيب يزيل هذه الصفة فكان جنابة لكنها تتفاوت بتفاوت محل

(باب الجنایات)

(قوله أو بعضه منه) أقول : لعله تكرر لأن قوله ببدن المحرم ينفي عنه ، ولذا لم يذكره في قوله ولم يلتصق ببدنه الخ (قوله والتطيب يزيل هذه الصفة) أقول : فيه كلام

فإن طيب عضوا كاملا فما زاد فعليه دم) وذلك مثل الرأس والساق والعضد وما أشبه ذلك ، لأن الجناية تتكامل بتكامل الارتفاق ، وذلك في العضو الكامل فيترتب عليه كمال الموجب (وإن طيب أقل من عضو فعليه الصدقة) لقصور الجناية . وقال محمد رحمه الله : يجب بقدره من الدم اعتبارا للجزء بالكل . وفي المنتقى أنه إذا طيب ربع العضو فعليه دم اعتبارا بالخلق ، ونحن نذكر الفرق بينهما من بعد إن شاء الله . ثم واجب الدم يتأدى بالشاة في جميع المواضع إلا في موضعين نذكرهما في باب المدهى إن شاء الله تعالى ، وكل صدقة في الإحرام غير مقطرة فهي

دم آخر ، ولا يشبه هذا الذي تطيب قبل أن يحرم ثم أحرم وترك الطيب (قوله فما زاد) ينبغي أنه لا فرق في وجوب الدم بين أن يطيب عضوا . قال في المبدؤ : كالأيد والساق ونحوهما . وفي التناوى : كالرأس والساق والعضد أو أزيد إلى أن يعم كل البدن ، ويجمع المنزق فإن بلغ عضوا فدم ، وإلا فصدا . فإن كان قارنا فعليه كفارتان للعناية على إحرامين . ثم إنما تجب كفارة واحدة بتطيب كل البدن إذا كان في مجلس واحد ، فإن كان في مجالس فلكل طيب كفارة كفارة لأول أولا عندهما . وقال محمد : عليه كفارة واحدة مالم يكفر للأول . وإن داوى قرحة بدواء فيه طيب ثم خرجت قرحة أخرى فدأوا مع الأولى فليس عليه لا كفارة واحدة مالم تبرأ الأولى ، ولا فرق بين قصده وعدمه . في المبسوط : استلم الركن فأصاب يده أو فقه خلوق كثير فعليه دم ، وإن كان قليلا فصدا . وهل يشترط بقاؤه عليه زمانا أولا ؟ في المنتقى : لإبراهيم عن محمد رحمه الله : إذا أصاب المحرم طيبا فعليه دم ، فسأته عن الفرق بينه وبين لبس القميص لا يجب الدم حتى يكون أكثر اليوم قال : لأن الطيب يعلق به ، فقلت : وإن اغتسل من ساعته ؟ قال : وإن اغتسل من ساعته . وفيه هشام عن محمد : خلوق البيت والتبخر إذا أصاب ثوب المحرم فحكه فلا شيء عليه وإن كان كثيرا ، وإن أصاب جسده منه كثير فعليه الدم اهـ . وهذا يوجب التردد . وفي الكافي للحاكم الذي هو جمع كلام محمد : إن مس طيبا فإن لزق به تصدق بصدقة ، فإن لم يلزق به فلا شيء عليه إلا أن يكون مألزق به كثيرا فاحشا فعليه دم . وفي التناوى : لا يمس طيبا بيده وإن كان لا يقصد به التطيب . وأعلم أن محمدا قد أشار إلى اعتبار الكثرة في الطيب والقلة في الدم والصدقة . قال في باب : إن كان كثيرا فاحشا فعليه دم ، وإن كان قليلا فصدا ، كما صرح باعتبارهما في العضو وبعضه . ووفق شيخ الإسلام وغيره بينهما بأنه إن كان كثيرا فكففين من ماء الورد وكف من الغالية وفي المسك ما يستكره الناس ففيه الدم ، وإن كان في نفسه قليلا وهو ما يستكره الناس فالعبرة لتطيب عضويه وعدمه ، فإن طيب به عضوا كاملا ففيه دم وإلا فصدا ، وإنما اعتبر الهندواني الكثرة والقلة في نفسه ، والتوفيق هو التوفيق (قوله ونحن نذكر الفرق) أي بين حلق ريع الرأس وتطيب ريع العضو وهو ما ذكر قريبا وسننبه عليه عند ذكره . وما في النوادر عن أبي يوسف : إن طيب شاربه كله أو بقدره من لحيته فعليه دم تفريع على ما في المنتقى (قوله إلا في موضعين) مواضع البدنة أربعة : من طاف الطواف المفروض جتبا أو حائضا أو نفساء ، أو جامع بعد الوقوف بعرفة . لكن القدوري اقتصر على الأول والأخير كأنه اعتمد على استعمال لزوم البدنة في الحائض والنفساء بالدلالة من

الجناية . ففصل ذلك بقوله (فإن طيب عضوا كاملا فما زاد فعليه دم) وقوله فما زاد فصل في البين . وقوله (وذلك مثل الرأس) ظاهر . والفصل في الارتفاق بين الكامل والقاصر العادة ، فإن العادة في استعمال الطيب لقضاء التفث عضو كامل فتتم به الجناية وفيما دونه في جنايته نقصان فتكفيه الصدقة . وقوله (ونحن نذكر الفرق بينهما) هو قوله ولنا أن حلق بعض الرأس ارتفاق كامل الخ . وقوله (إلا في موضعين) يعني إذا طاف طواف

نصف صاع من بر إلا ما يجب بقتل القملة والجراحة ، هكذا روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى . قال (فإن خضب رأسه بخناء فعليه دم) لأنه طيب ، قال صلى الله عليه وسلم : « الحناء طيب » وإن صار ملبدا فعليه دمان دم للتطيب ودم للتغطية ، ولو خضب رأسه بالوسمة لأشئ عليه لأنها ليست بطيب . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا خضب رأسه بالوسمة لأجل المعالجة من الصداع فعليه الجزاء باعتبار أنه يغلف رأسه وهذا صحيح . ثم ذكر محمد في الأصل رأسه ولحيته ، واقتصر على ذكر الرأس في الجامع الصغير دل أن كل واحد منهما مضمون (فإن ادهن بزيت فعليه دم عند أبي حنيفة وقالوا : عليه الصدقة) وقال الشافعي رحمه الله : إذا استعمله في الشعر فعليه دم لإزالة الشعث ، وإن استعمله في غيره فلا شيء عليه لانعدامه . ولهما أنه من الأظمة إلا أن فيه ارتفاعا بمعنى قتل الهوام

الجنب ، إما لأن الأحداث متساوية في الغلط ، أو لأنهما أغلظ ، ألا ترى أنهما يمتنعان قربان الزوج بخلاف جنباتها (قوله إلا ما يجب بقتل القملة والجراحة) فإنه يتصدق بما شاء (قوله فإن خضب رأسه بخناء) منونا لأنه فعال لا فعلاء لينع صرفه ألف التأنيث (فعليه دم) وكذا إذا خضبت امرأة يدها لأن له رائحة مستلذة وإن لم تكن ذكية (قال عليه الصلاة والسلام « الحناء طيب ») رواه البيهقي وغيره ، وفي سننه عبد الله بن طهيرة ، وعزاه صاحب الغاية إلى النسائي ولفظه « نهى المعتدة عن التكحل والدهن والخضاب بالحناء ، وقال : الحناء طيب » وهذا إذا كان مائعا ، فإن كان ثخيناً فليد الرأس ففيه دمان للطيب والتغطية ، ولا يخفى أن ذلك إذا دام يوماً أو ليلة على جميع رأسه أو ربه ، وكذا إذا غلف الوسمة (قوله وهذا صحيح) أي فينبغي أن لا يكون فيه خلاف لأن التغطية موجبة بالاتفاق غير أنها للعلاج ، فلهذا ذكر الجزاء ولم يذكر الدم . وعلى هذا فما في الجوامع : إن لبد رأسه فعليه دم ، والتلبيد أن يأخذ شيئاً من الخطمي والآس والصمغ فيجعل في أصول الشعر ليتلبد . وما ذكر رشيد الدين البهروزي في مناسكه من قوله : وحسن أن يلبد رأسه قبل الإحرام لا تغطية مشكل ، لأنه لا يجوز استصحاب التغطية الكائنة قبل الإحرام بخلاف التطيب . وفي سين الوسمة الإسكان والكسر : وهو نبت يصبغ بورقة ، فإن لم يغلف فلا شيء عليه كالغسل بالأشنان والسدر . وعن أبي حنيفة فيه صدقة لأنه يلين الشعر ويقتل الهوام (قوله فإن ادهن بزيت) خصه من بين الأدهان التي لا رائحة لها ليفيد بمفهوم اللب نفي الجزاء فيما عداه من الأدهان كالشحم والسمن .

الزيارة جنباً ، وإذا جامع بعد الوقوف بعرفة . وقوله (إلا ما يجب بقتل القملة والجراحة) يعني أن التصديق فيهما غير مقدر بنصف صاع بل يتصدق بما شاء ، وقوله عليه الصلاة والسلام (الحناء طيب) قاله حين نهى المعتدة أن تخطب بالحناء (وإن صار ملبداً) بأن كان الحناء جامداً غير مائع (فعليه دمان : دم للتطيب ، ودم للتغطية) يعني إذا غطاه يوماً إلى الليل ، فإن كان أقل من ذلك فعليه صدقة ، وكذا إذا غطى ربع الرأس ، أما إذا كان أقل من ذلك فعليه صدقة . وقوله (باعتبار أنه يغلف رأسه) أي يغطيه ، والوسمة بكسر السين وهو أفصح وسكونها : قنطرة ورقها خضاب . وقوله (وهذا) أي تأويل أبي يوسف بالتغليظ (صحيح) لأن تغطية الرأس توجب الجزاء . وقوله (ثم ذكر محمد في الأصل) يعني في مسألة الحناء (رأسه ولحيته واقتصر في الجامع الصغير على ذكر الرأس) خاضة وفي ذلك دلالة على أن كل واحد منهما مضمون . وقوله (وإن ادهن بزيت) يعني بزيت خالص ، أما المطيب بغيره فيجوز ذكره (فعليه دم) إذا بلغ عضواً كاملاً وكلامه ظاهر .

(قوله يعني إذا غطاه يوماً إلى الليل) أقول : أولهلا كاملاً .

ولإزالة الشعث فكانت جناية قاصرة . ولأبي حنيفة رحمه الله أنه أصل الطيب ، ولا يخلو عن نوع طيب ، ويقتل الهوام ويلين الشعر ويزيل التفث والشعث فتتكمال الجناية بهذه الجملة فتوجب الدم ، وكونه مطعوما لا ينافيه كالتزغفران ، وهذا الخلاف في الزيت البحت والحل البحت . أما المطيب منه كالبنفسج والزنبق وما أشبههما يجب باستعماله الدم بالاتفاق لأنه طيب ، وهذا إذا استعمله على وجه التلطيب ، ولو داوى به جرحه أو شقوق رجله فلا كفارة عليه لأنه ليس بطيب في نفسه إنما هو أصل الطيب أو طيب من وجه فيشترط استعماله على وجه

ولا بد على هذا من كونه عم الزيت في الحل فإنه ذكر الحل كالزيت في المبسوط (قوله ولأبي حنيفة أنه أصل الطيب ، ولا يخلو عن نوع طيب ويقتل الهوام الخ) لما كان الواجب الدم عينا باعتبار أن وضع المسألة فيما إذا دهن كله أو عضوا لم يكتف بالتعليل بأنه أصل الطيب إلحاقا بكسر بيض الصيد فإن الواجب فيه قيمته فاحتاج إلى جعله جزء علة في لزوم الدم ، ومن اكتفى بذلك كصاحب المبسوط فقصد الإلحاق في لزوم الدم في الجزاء في الجملة احتجاجا على الشافعي فيما إذا استعمله في غير الشعر من بدنه فإنه حكى خلافه ثم أعقبه بهذا الاستدلال وفيه نظر ، فإنه ذكر وجه قول أبي حنيفة بعد حكاية قول الصحاحيين في لزوم الصدقة وقول الشافعي وقال فيه : فيجب باستعمال أصل الطيب ما يجب باستعمال الطيب ككسر بيض الصيد ، ومعنى كونه أصل الطيب أنه يلحق فيه الأنوار كالورد والبنفسج فيصير نفسه طيبا (قوله وهذا الخلاف في الزيت البحت) أي الخالص (والحل البحت) هو بالمهمة الشيرج (أما المطيب منه) وهو ما ألقى فيه الأنوار (كالتزنبق) بالتزنبق وهو الياسمين ودهن البان والورد (فيجب باستعماله بالاتفاق) إذا كان كثيرا (قوله وهذا إذا استعمله) أي الزيت الخالص أو الحل ، لما لم يكن طيبا كاملا اشترط في لزوم الدم بهما استعمالهما على وجه التلطيب ، فلو أكلهما أو داوى بهما شقوق رجله أو أقطر في أذنيه لا يجب شيء ولذا جعل المنق الكفارة لينتفي الدم والصدقة ، بخلاف المسك وما أشبهه من العنبر والغالية والكافور حيث يلزم الجزاء بالاستعمال على وجه التداوى ، لكنه يتخير إذا كان لعنبر بين الدم والصوم والإطعام على ما سيأتي ، وكذا إذا أكل الكثير من الطيب وهو ما يلزق بأكثر فله فعليه الدم وهذه تشهد بعدم اعتبار العضو مطلقا في لزوم الدم ، بل ذاك إذا لم يبلغ مبلغ الكثرة في نفسه على ما ذكرناه آنفا . ثم الأكل الموجب أن يأكله كما هو ، فإن جعله في طعام قد طبخ كالتزغفران والأفاويه من الزنجبيل والدارصيني يجعل في الطعام فلا شيء عليه . فعن ابن عمر أنه كان يأكل السكباغ الأصفر وهو محرم ، وإن لم يطبخ بل خلطه بما يؤكل بلا طبخ كالمالح وغيره ، فإن كانت رائحته موجودة كره ، ولا شيء عليه إذا كان مغلوبا فإنه كالمستهلك . أما إذا كان غالبا فهو كالتزغفران الخالص لأن اعتبار الغالب عدما عكس الأصول والمعقول فيجب الجزاء وإن لم تظهر رائحته . ولو خلطه بمشروب وهو غالب فنيه الدم ، وإن كان مغلوبا فصدقة إلا أن يشرب مرارا فدم . فإن كان الشرب تداويا تخير في خصال الكفارة . وفي المبسوط : فيما إذا اكتحل بكحل فيه طيب عليه صدقة إلا أن يكون كثيرا فعليه دم . وما في تداوى قاضيه خان : إن اكتحل بكحل فيه طيب مرة أو مرتين فعليه الدم ، في قول أبي حنيفة

وقوله (إنه أصل الطيب) فإن الروائح تلتق فيه فيصير غالية فصار كبيض الصيد في الأصاله يلزم بكسره الجزاء فكذا باستعماله . قوله (وهذا الخلاف في الزيت البحت) أي الخالص (والحل) أي دهن السمسم (أما المطيب منه كالبنفسج) وهو معروف (والزنبق) على وزن العنبر دهن الياسمين (وما أشبههما) كدهن البان والورد (فيجب باستعماله الدم بالاتفاق لأنه طيب : وهذا إذا استعمله على وجه التلطيب ، ولو داوى به جرحه أو شقوق رجله فلا كفارة عليه

التطيب ، بخلاف ما إذا تداوى بالمسك وما أشبهه (وإن لبس ثوبا مخيطا أو غطى رأسه يوما كاملا فعليه دم .

يفيد تفسير المراد بقوله إلا أن يكون كثيرا أنه الكثرة في الفعل لا في نفس الطيب المخالط فلا يلزم الدم بمرة واحدة وإن كان الطيب كثيرا في الكحل ويشعر بالخلاف ، لكن ما في كافي الحاكم من قوله فإن كان فيه طيب : يعنى الكحل ففيه صدقة إلا أن يكون ذلك مرارا كثيرة فعليه دم ، لم يحك فيه خلافا ، ولو كان لحكاها ظاهرا كما هو عادة محمد رحمه الله ، اللهم إلا أن يجعل موضع الخلاف مادون الثلاث كما يفيد تنصيصه على المرة والمرة وما في الكافي المرار الكثير ، هذا وإن كان الكحل عن ضرورة تخير في الكفارة ، وكذا إذا تداوى بأواء فيه طيب فألزقه بجراحته أو شربه شرابا . وفي الفتاوى : لو غسل بأشنان فيه طيب فإن كان من رآه سمها أشنانا فعليه الصدقة ، وإن سمها طيبا فعليه الدم اه . ولو غسل رأسه بالخطى فعليه دم عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : عليه الصدقة لأنه ليس طيبا لكنه يقتل الموم . وله منع نبي الطيب مطلقا بل له رائحة وإن لم تكن ذكية فكان كالحناء مع قتله الموم فتتكاكمل الجنابة فيلزمه الدم . وعن أبي يوسف : ليس فيه شيء ، وأول بما إذا غسل به بعد الرمي يوم النحر لأنه أبيع له حلق رأسه . وعنه في أخرى أن عليه دم من التطيب والتغفيف ، قيل قول أبي حنيفة في خطي العراق وله رائحة ، وقولهما في خطمي الشام ولا رائحة له فلا خلاف . وقيل بل الخلاف في العراقي . ولو غسل بالصابون أو الخرض لا رواية فيه ، وقالوا لا شيء فيه لأنه ليس بطيب ولا يقتل (قوله وإن لبس ثوبا مخيطا الخ) لافرق في لزوم الدم بين ما إذا أحدث اللبس بعد الإحرام أو أحرم وهو لا يسه فدام يوما أو ليلة عليه ، بخلاف انتفاعه بعد الإحرام بالطيب السابق عليه قبله للنص فيه ولولاه لأوجبا فيه أيضا . ولا فرق بين كونه مختارا في اللبس أو مكرها عليه أو تأثما فخطي إنسان رأسه ليلة أو وجهه حتى يجب الجزاء على التائب لأن الارتفاق حصل له ، وعدم الاختيار أسقط الإثم عنه لا الموم . تب على ما عرف تحقيقه في مواضع . والتقيد بثوب في قوله وإن لبس ثوبا مخيطا ليس بمعتبر المتهوم ، بل لو جمع اللباس كله القميص والعمامة والخفين يوما كان عليه دم واحد كالإيلاجيات في الجاع لأنه لبس واحد وقع على جهة واحدة ، وعلى اتقارن دمان فيما على المفرد فيه دم ، وكذا لو دام على ذلك أياما أو كان ينزعها ليلا ويعاود لبسها نهارا أو يلبسها ليلا للبرد وينزعها نهارا لم يعزم على الترك عند الخلع ، فإن عزم عليه ثم لبس تعدد الجزاء وإن كان كثير للأول بالاتفاق ، لأنه لما كفر للأول التحق بالعدم فيعتبر اللبس الثاني لبسا مبتدأ ، وإن لم يكن كثير للأول فعليه كفارتان عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وفي قول محمد : كذارة واحدة بناء على أنه لم يكفر فاللبس على حاله فهو واحد ، بخلاف ما إذا كفر على ما قررنا ؛ وهما يقولان لما نزع على عزم الترك تنطع حكم اللبس الأول فتعين الثاني مبتدأ . فالخاصل أن انزع مع عزم الترك يوجب اختلاف اللبس عندهما وخناه الكفير . ولو لبس يوما فأراق دما ثم دام على لبسه يوما آخر كان عليه دم آخر بلا خلاف ، لأن الدوام على اللبس كابتدائه بذليل ما لو أحرم وهو مشتمل على

ودو ظاهر . وقوله (بخلاف ما إذا تداوى بالمسك وما أشبهه) كالعبر والكافور لأنها طيب بنفسها فيجب الدم باستعماله وإن كان على وجه التداوى . وقوله (وإن لبس ثوبا مخيطا أو غطى رأسه يوما كاملا فعليه دم)

(قوله لأنها طيب بنفسها فيجب الدم باستعماله وإن كان على وجه التداوى) أقول : قال ابن الممام : إذا كان استعماله لغرض تخير بين الدم والصوم والإطعام اه . ونحن نقول : وهو الصحيح كما سيحى في آخر هذا الباب .

وإن كان أقل من ذلك فعليه صدقة) وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا لبس أكثر من نصف يوم فعليه دم، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله أولا . وقال الشافعي رحمه الله : يجب الدم بنفس اللبس لأن الارتفاق يتكامل بالاشتغال على بدنه . ولنا أن معنى الترفق مقصود من اللبس ، فلا بد من اعتبار المدة ليحصل على الكمال ويجب الدم ، فقدّر باليوم لأنه يلبس فيه ثم ينزع عادة وتتقاصر فيما دونه الجناية فتجب الصدقة ، غير أن أبا يوسف رحمه الله أقام الأكثر مقام الكل .

المحيط فدام عليه بعد الإحرام يوما لإذغليه الدم . وأعلم أن ما ذكرناه من اتحاد الجزاء إذا لبس جميع المحيط محله ما إذا لم يتعدد سبب اللبس . فإن تعدد كما إذا اضطر إلى لبس ثوب فلبس ثوبين ، فإن لبسهما على موضع الضرورة فعليه كفارة واحدة يتخير فيها ، وكذلك نحو أن يضطر إلى لبس قميص فلبس قميصين أو قميصا وجبة أو اضطر إلى لبس قلنسوة فلبسها مع عمامة ، وإن لبسهما على موضعين موضع الضرورة وغيرها كالقلنسوة مع القميص في الوجه الأول والثاني كان عليه كفارتان يتخير في إحداها وهي ما للضرورة ، والأخرى لا يتخير فيها وهي ما لغيرها . ومن صور تعدد السبب واتحاده ما إذا كان به مثلا حتى يحتاج إلى اللبس لها ويستغنى عنه في وقت زوالها فإن عليه كفارة واحدة وإن تعدد اللبس ما لم تزل عنه . فإن زالت وأصابه مرض آخر أو حتى غيرها وعرف ذلك فعليه كفارتان سواء كنز للأولى أو لا عندهما . وعند محمد كفارة واحدة ما لم يكنز للأولى ، فإن كفر فعليه أخرى ، وكذا إذا حصره عدو فاحتاج إلى اللبس للقتال أيا ما يلبسها إذا خرج إليه وينزعها إذا رجع فعليه كفارة واحدة ما لم يذهب هذا العدو . فإن ذهب وجاء عدو غيره لزمه كفارة أخرى . والأصل في جنس هذه المسائل أنه ينظر إلى اتحاد الجهة واختلافها لا إلى ضرورة اللبس كيف كانت . ولو لبس للضرورة فزالت فدام بعدد يوما أو يومين فما دام في شك من زوال الضرورة ليس عليه إلا كفارة واحدة ، وإن تيقن زوالها فاستمر كان عليه كفارة أخرى لا يتخير فيها (قوله وإن كان أقل من ذلك فعليه صدقة) في خزانة الأكمل : في ساعة نصف صاع . وفي أقل من ساعة قبضة من بر (قوله فلا بد من اعتبار المدة ليحصل على الكمال) يتضمن منع قول الشافعي : إن الارتفاق يتكامل بالاشتغال بل بمجرد الاشتغال . ثم النزاع في الحال لا يجد الإنسان به ارتفاقا فضلا عن كماله . وقوله في وجه التقدير بيوم (لأنه يلبس فيه ثم ينزع عادة) يفيد أنه لا يقتصر على اليوم بل لبس الليلة الكاملة كالبيوم لجريان المعنى المذكور فيه ونص عليه في الأسرار وغيره (قوله غير أن أبا يوسف أقام الأكثر مقام الكل) كما اعتبره في كشف العورة في الصلاة . وعن محمد في لبس بعض اليوم قسطه من الدم كثلث اليوم

حكم اليلة أيضا كذلك . وقواه (ولنا أن معنى الترفق مقصود من اللبس) لأنه أعد لذلك ، قال الله تعالى - سرايل تقيكم الحر - وهذا المعنى قد يمتد فيكون الارتفاق كاملا ، وقد يقصر فيصير ناقصا ، فلا بد من حد فاصل بين الكامل والناقص ليتعين الجزاء بحسب ذلك فقدّر باليوم أو الليلة (لأنه يلبس فيه ثم ينزع عادة) فإن من لبس ثوبا يليق بالنهار ينزعه بالليل ، ومن لبس ثوبا يليق بالليل ينزعه بالنهار ، فإذا نزع دل على تمام الارتفاق فيجب فيه الدم ، وما دون ذلك تتقاصر الجناية فيه لنقصان الارتفاق فتجب الصدقة (غير أن أبا يوسف أقام الأكثر مقام الكل) لأن المرء قد يرجع إلى بيته قبل الليل فينزع ثيابه التي لبسها للناس . فكان اللبس في أكثر اليوم ارتفاقا مقصودا . ولكن هذا غير مضبوط فإن أحوال رجوع الناس إلى بيوتهم قبل الليل مختلفة ، بعضهم يرجع في وقت الضحى . وبعضهم قبله . وبعضهم بعده . فكان الظاهر هو الأول .

(قوله لأن المرء قد يرجع إلى بيته) أقول : فيه كلام

ولو ارتدى بالقميص أو اتشح به أو اثتر بالسراويل فلا بأس به لأنه لم يلبسه لبس الخيط. وكذا لو أدخل منكبيه في القباء ولم يدخل يديه في الكمين خلافاً لفر لأنه مالبسه لبس القباء ولهذا يتكلف في حفظه. والتقدير في تغطية الرأس من حيث الوقت ما بيناه، ولا خلاف أنه إذا غطى جميع رأسه يوماً كاملاً يجب عليه الدم لأنه ممنوع عنه، ولو غطى بعض رأسه فالمرى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه اعتبر الربع اعتباراً بالحق والعورة، وهذا لأن ستر البعض استمتاع مقصود يعتاده بعض الناس، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتبر أكثر الرأس اعتباراً للحقيقة

فيه ثلث الدم وفي نصفه نصفه، وعلى هذا الاعتبار يجري (قوله لأنه لم يلبسه لبس الخيط) لبس الخيط أن يحصل بواسطة الخياطة اشتغال على البدن واستمسك، فأيهما انتفى انتفى لبس الخيط، ولذا قلنا فيما لو أدخل منكبيه في القباء دون أن يدخل يديه في الكمين أنه لا شيء عليه. وكذا إذا لبس الطيلسان من غير أن يزره عليه لعدم الاستمسك بنفسه فإن زر القباء أو الطيلسان يوماً لزمه دم لحصول الاستمسك بالزر مع الاشتغال بالخياطة. بخلاف ما لو عقد الرداء أو شد الإزار بحبل يوماً كره له ذلك للشبه بالخيط ولا شيء عليه لانقضاء الاشتغال بواسطة الخياطة. وفي إدخال المنكين القباء خلاف فر. ولا بأس أن يفتق السراويل إلى موضع التكة فيأثر به وأن يلبس المكعب الذي لا يبلغ الكعب إذا كان في وسط القدم، لأن الحاصل حينئذ هو الحاصل من قطع الخفين أسفل من الكعبين، وقد ورد النص بإطلاق ذلك، بخلاف الجوب فإنه كالحف فلبسه يوماً موجب للدم (قوله ولو غطى بعض رأسه فالمرى عن أبي حنيفة اعتبار الربع) إن بلغ قدر الربع فدام يوماً لزمه دم (اعتباراً بالحق والعورة) حيث يلزم الدم بحلق ربع الرأس أو اللحية وفساد الصلاة بكشف ربع العورة. وقوله (وهذا لأن ستر البعض استمتاع مقصود يعتاده بعض الناس) يصلح إبداء للجامع: أي العلة التي بها وجب في حلق الربع الدم وهي الارتفاق به على وجه الكمال وإن كان هناك أكل منه ثابتة في تغطية البعض ولذا يعتاده بعض الناس، وإنما يعتاده تحصيلاً للارتفاق وإلا كان عبثاً، وإن كان الجامع هذا فلا يصح اعتبار العورة أصلاً لانقضاء هذا الجامع. إذ ليس فساد الصلاة بانكشاف الربع لذلك بل لعدّه كثيراً عرفاً وليس الموجب هذا هنا؛ ألا ترى أن أبا حنيفة لم يقل بإقامة الأكثر مقام الكل في اليوم أو الليلة الواقع فيها التغطية واللبس، لأن النظر هنا ليس إلا لثبوت الارتفاق كاملاً وعدمه، وكذا إذا غطى ربع وجهه أو غطت المرأة ربع وجهها (قوله وعن أبي يوسف أنه يعتبر أكثر الرأس اعتباراً للحقيقة) ولم يذكر لمحمد قولاً. ونقل في البدائع عن نوادر ابن سماعه عن محمد رحمه الله.

وقوله (ولو ارتدى بالقميص أو اتشح به) الاتشح هو أن يدخل ثوبه تحت يده اليمنى ويلقيه على منكبيه الأيسر. وقوله (خلافاً لفر) هو يقول القباء مخيط، فإذا أدخل فيه منكبيه صار لباساً للمخيط، فإن القباء يلبس هكذا عادة. وقلنا: مالبس لبس القباء لأن العادة في ذلك النظم إلى نفسه بإدخال المنكين واليدين لأنه مأخوذ من القبو وهو النعم ولم يوجد (ولهذا يتكلف في حفظه) وعلى هذا لوزره ولم يدخل يديه في الكمين كان لباساً لأنه لا يتكلف إذ ذاك في حفظه وإنما أعاد قوله (والتقدير في تغطية الرأس) ليبنى عليه القروع. وقوله (ما بيناه) هو ما قال أو غطى رأسه يوماً كاملاً. وقوله (ولا خلاف أنه إذا غطى جميع رأسه) ظاهر، وقوله (يعتاده بعض الناس) كالأترك والأكراد فإنهم يغطون رؤوسهم بالقلانس الصغار ويعدون ذلك رفقا كاملاً (وعن أبي يوسف أنه يعتبر أكثر الرأس اعتباراً للحقيقة)

(قال المصنف: لأنه لم يلبسه لبس الخيط) أقول: لبس الخيط أن يحصل بواسطة الخياطة اشتغال على البدن واستمسك فأيهما انتفى انتفى لبس الخيط (قوله وقوله يعتاده بعض الناس كالأترك والأكراد فإنهم يغطون رؤوسهم بالقلانس الصغار ويعدون ذلك رفقا كاملاً) أقول: فيه كلام.

(وإذا خلق ربع رأسه أو ربع لحية فصاعدا فعليه صدقة) وقال مالك رحمه الله : لا يجب إلا بخلق الكل : وقال الشافعي رحمه الله يجب بخلق القليل اعتبارا بنبات الحرم . ولنا أن خلق بعض الرأس ارتفاق كامل لأنه معتاد فتتكاثر به الجنابة وتتقاصر فيها دونه بخلاف تطيب ربع العضو لأنه غير مقصود ، وكذا خلق بعض اللحية معتاد بالعراق وأرض العرب

عين هذا القول ، ولم يحك خلافا في الأصل . وهذا القول أوجه في النظر لأن الاعتبار الارتفاق الكامل ، واعتقاد تغطية البعض دليل على تحصيله به . لكن ذلك البعض المعتاد ليس هو الربع . فإن ما يفعله من تعلم من الميائين الذين يلبسون السروج يشدونه تحت الحنك تغطية البعض الذي هو الأكثر ، فإن البادى منهم هو الناصية ليس غير ، ولعل تغطية مجرد الربع فقط على وجه يستدسك مما لم يتحقق إلا أن يكون نحو جيرة تشد . وحينئذ ظهر أن ماعينه جامعا في الحلق غير صحيح لأن العاة في الأصل حصول الارتفاق كاملا بخلق الربع بدليل القصد إليه على وجه العادة ، والثابت في الفرع الاعتقاد بتغطية البعض الذي هو الأكثر لا الأقل . وهو الدليل على الارتفاق به فلم يتحد في الأصل والفرع ، ولذا لم يعين المصنف رحمه الله في الفرع سوى مطلق البعض . فإن غنى به الربع منعنا وجوده في الفرع . ومن فروع اعتبار الربع ما لو عصب المحرم رأسه بعصابة أو وجهه يوما أو ليلة فعليه صدقة ، إلا أن يأخذ قدر الربع . ولو عصب موضعا آخر من جسده لاشئ عليه وإن كثر ، لكنه يكره من غير عذر كعقد الإزار وتحليل الرداء لشبه الخيط ، بخلاف لبس المرأة اقتنازين لأن لها أن تستر بدنهما بمخيط وغيره فلم يكره لها . ولا بأس أن يغطي أذنيه وقفاه ومن لحية ما هو أسفل من الذقن بخلاف فيه وعارضه وذقنه . ولا بأس أن يضع يده على أنفه دون ثوب . وعلى القمارن في جميع ما تقدم أن فيه دما أو صدقة دمان أو صدقتان لما سذكر (قوله ولنا أن خلق بعض الرأس الخ) هذا هو الفرق الموعود بين خلق الربع وتطيب الربع . وقوله لأنه معتاد صريح في أن الحكم بحصول كمال الارتفاق بذلك البعض مستدل عليه بالقصد إليه على وجه الاعتقاد ، وقدمنا ما يغني فيه ، ومن يفعله بعض الأتراك والعلوية فإنهم يخلقون نواصيهم فقط ، وكذا خلق بعض اللحية معتاد بأرض العراق والعرب وبعض أهل المغرب ، إلا أن في هذا احتمال أن فعلهم للراحة أو الزينة فتعتبر فيه الكفارة احتياطا لأن هذه الكفارة مما يحتاج في إثباتها بدليل لزومها مع الأعذار . وقوله لأنه غير مقصود ، يعني العادة أن كل من مس طيبا لقصد التطيب كماء ورد أو طيب عجم به يديه مسح بل ويمسح بفضله وجهه أيضا . بخلاف الاقتصار على بعضه فإنما يكون غالبا عند قصد مجرد إمساكه للحفظ أو للملاقة من غير قصد أو لغاية القلة في الطيب نفسه فتقاصر الجنابة فيما دون العضو فتجب الصدقة . ثم ما ذكر من أن في خلق ربع الرأس أو اللحية دما من غير خلاف موافق لعامة الكتب وهو المصحح لا ما في جامع شمس الأئمة وقاضيخان أن على قولهما في الجميع الدم وفي

أي الحقيقة الكثرة ، إذ حقيقتها إنما تثبت إذا قابلها أقل منها والربع والثالث كثير حكما لا حقيقة . وقوله (وإذا خلق ربع رأسه) ظاهر (وقال مالك : لا يجب إلا بخلق الكل) عملا بظاهر قوله تعالى - ولا تحلقوا رءوسكم - فإن الرأس اسم للكل (وقال الشافعي : يجب بخلق القليل) وهو ثلاث شعرات ، وعلق الحكم باسم الجنس والحكم المعلق باسم الجنس يتأدى بأدنى ما ينطلق عليه الاسم كما في نبات الحرم (ولنا أن خلق بعض الرأس ارتفاق كامل لأنه معتاد) فإن الأتراك يخلقون أوساط رءوسهم وبعض العلوية يخلقون نواصيهم لابتغاء الراحة والزينة ، والارتفاق الكامل تتكامل به الجنابة كما تقدم (وتتقاصر فيما دونه) وفي قوله فتتكاثر به الجنابة إشارة إلى دفع قول مالك

(وإن حلق الرقبة كلها فعليه دم) لأنه عضو مقصود بالحلق (وإن حلق الإبطين أو أحدهما فعليه دم) لأن كل واحد منهما مقصود بالحلق لدفع الأذى ونيل الراحة فأشبهه العانة . ذكر في الإبطين الحلق ههنا وفي الأصل التفت وهو السنة (وقال أبو يوسف ومحمد) رحمهما الله (إذا حلق عضوا فعليه دم ، وإن كان أقل فطعام)

الأقل منه الطعام . وعن أبي يوسف أن في حلق الأكثر الدم . وعن محمد رحمه الله : يجب الدم بحلق العشر لأنه يقدر به الأشياء الشرعية في مقام الكحل احتياطا . هذا فلو كان أصلع على ناصيته أقل من ربع شعرها فإنما فيه صدقة ، وكذا لو حلق كل رأسه وما عليه أقل من ربع شعره ، وإن كان عليه قنر ربع شعره لو كان شعر رأسه كاملا ففيه دم ، وعلى هذا يجيء مثله فيمن بلغت لحيته الغاية في الخفة . وفي المرغيناني : حلق رأسه وأراق دما ثم حلق لحيته وهو في مقام واحد فعليه دم آخر ، ولو حلق رأسه ولحيته وإبطيه وكل بدنه في مجلس واحد ندم واحد ، وإن اختلفت المجالس فلكل مجلس موجب جنائته فيه عندهما . وعند محمد دم واحد وإن اختلفت المجالس ما لم يكفر للأول ، وتقدم في الطيب مثله . اعتبره بما لو حلق في مجلس ربع رأسه وفي آخر ربعا آخر حتى أتمها في أربعة مجالس يلزمه دم واحد اتفاقا ما لم يكفر للأول . والفرق لهما أن هذه جنائية واحدة وإن تعددت المجالس لاتحاد محلها وهو الرأس . هذا فأما ما في مذاك الفارسي من قوله وما سقط من شعرات رأسه ولحيته عند الوضوء لزمه كف من طعام إلا أن تريد على ثلاث شعرات ، فإن بلغ عشرا لزمه دم . وكذا إذا خبز فاحترق ذلك غير صحيح لما علمت من أن القنر الذي يجب فيه الدم هو الربع من كل منهما . نعم في الثلاث كف من طعام عن محمد ، وهو خلاف ما في فتاوى قاضيخان قال : وإن نتف من رأسه أو أنفه أو لحيته شعرات ففي كل شعرة كف من طعام ، وفي خزانة الأكل في خصلة نصف صاع (قوله لأنها عضو مقصود بالحلق) يفعل ذلك كثير من الناس للراحة والزينة (قوله وإن حلق الإبطين أو أحدهما فعليه دم) المعروف هذا الإطلاق . وفي فتاوى قاضيخان في الإبط إن كان كثير الشعر يعتبر فيه الربع لوجوب الدم وإلا فالأكثر (قواه وقال أبو يوسف ومحمد) تخصيص قولهما ليس

فإنه قال بحلق كل الرأس تتكامل الجنائية ، فأشار إلى أن الجنائية تتكامل بالبعض أيضا . وفي قوله وتتقاصر فيما دونه إشارة إلى نفي قول الشافعي رحمه الله إنه يجب الجزاء بالقليل ، فأشار إلى أن الجنائية في القليل قاصرة فكيف توجب الدم . وأما حلق اللحية فهو متعارف ، فإن الأكاسرة كانوا يحلقون لحي شجعانهم ، وكذلك الأخذ من اللحية مقدار الربع وما يشبهه معتاد بالعراق وأرض العرب ، فكان مقصودا بالارتفاق كحلق الرأس فالحلق به احتياطا لإيجاب الكفارة في المناسك فإنها مبنية على الاحتياط حتى وجبت بالأعذار ، بخلاف تطيب ربع العضو لأنه غير مقصود ، إذ العادة في الطيب ليست في الاقتصاد على الربع فكان العضو الكامل في الطيب كالربع في الحلق في حق الكفارة (وإن حلق الرقبة كلها فعليه دم) لأنه عضو مقصود بالحلق (وإن حلق الإبطين أو أحدهما فعليه دم ، لأن كل واحد منهما مقصود بالحلق لدفع الأذى ونيل الراحة فأشبهه العانة) قيل إذا كان كل واحد من الإبطين مقصودا بالحلق وجب أن يجب بحلقهما دمان . وأجيب بأن جنائات المحرم إذا كانت من نوع واحد يجب فيها ضمان واحد ، ألا ترى أنه إذا أزال شعر جميع بدنه بالنور لم يلزمه إلا دم واحد (ذكر في الإبطين الحلق ههنا) يعني في الجامع الصغير (وفي الأصل) أي الميسوط (التفت وهو السنة) بخلاف العانة ، فإن السنة فيها الحلق لما جاء في الحديث « عشر من الفطرة ، منها الاستحداد » وتفسيره حلق العانة بالحديد (وقال أبو يوسف ومحمد : إذا حلق عضوا فعليه دم) قيل : قولهما بيان لقول أبي حنيفة رحمه الله لأنه خالفهما في ذلك ، وإنما خصا بالذكر

أراد به الصدر والساق وما أشبه ذلك ، لأنه مقصود بطريق التنوير فتكامل بحلق كله وتتقاصر عند حلق بعضه (وإن أخذ من شاربهِ فعليه) طعام (حكومة عدل) ومعناه أنه ينظر أن هذا المأخوذ كم يكون من ربع اللحية

خلاف أبي حنيفة بل لأن الرواية في ذلك محفوظة عنهما . وقوله أراد به الساق والصدر وما أشبه ذلك تفسير المراد بما هو أخص من مؤدى اللفظ ليخرج بذلك الرأس واللحية فإن في الربع من كل منهما الدم ، بخلاف هذه الأعضاء والفارق العادة ، ثم جعله الصدر والساق مقصودين بالحلق موافق للجامع فخر الإسلام مخالف لما في المبسوط ففيه متى حلق عضوا مقصودا بالحلق فعليه دم ، وإن حلق مالميس بمقصود فصدقة ، ثم قال : ومما ليس بمقصود حلق شعر الصدر والساق ، ومما هو مقصود حلق الرأس والإبطين وهذا أوجب . وقوله لأنه مقصود بطريق التنوير مدفوع بأن المقصد إلى حلقه إنما هو في ضمن غيرهما إذ ليست العادة تنوير الساق وحده بل تنوير المجموع من الصلب إلى القدم فكان بعض المقصود بالحلق . نعم كثيرا ما يعادون تنوير النخذ مع ما فوقه دون الساق وقد يقتصر على العانة أو مع الصلب ، وإنما يعمل هذا للحاجة ، أما المأخوذ وحده فلا بالحلق أن يجب في كل منهما الصدقة . واعلم أنه يجمع المنزق في الحلق كما في الطيب (توابعه) فإن أخذ من شاربهِ (أو أخذه كله أو حلقه) فعليه طعام هو حكومة عدل) بأن ينظر إلى المأخوذ من نسبته من ربع اللحية فيجب بخاربه ، فإن كان مثل ربع ربعها لزمه قيمة ربع الشاة أو ثمنها فتنها وحكنا ، وفي المبسوط خلاف هذا قال : ولم يذكر في الكتاب ما إذا حلق شاربهِ ، وإنما ذكر إذا أخذ من شاربهِ فعليه الصدقة ، فمن أعجبنا من يقول : إذا حلق شاربهِ يلزمه الدم لأنه مقصود بالحلق فتعده الصوفية وغيرهم ، والأصح أنه لا يلزمه الدم لأنه طرف من اللحية وهو مع اللحية كعضو واحد ، وإذا كان الكل عضوا واحدا لا يجب بما دون الربع منه الدم والشارب دون الربع من اللحية فتكتفيه الصدقة في حلقه اهـ . وما في المداية إنما يظهر تنزيهه على قول محمد في تطيب بعض العضو حيث قال : يجب بقدره من الدم ، أما على ما عرف من جادة ظاهر المذهب وهو أن مالم يجب فيه الدم يجب فيه الصدقة مقدرة بنصف صاع إلا فيما يستثنى فلا . ثم على تقدير التفرع على قول محمد فالواجب أن ينظر إلى نسبة المأخوذ من

لأن الرواية محفوظة عنهما . وقوله (أراد به) أى بقوله عضوا (الصدر والساق وما أشبه ذلك) مثل النخذ والعضد. فإن قيل : الجناية بالحلق إنما تتكامل إذا كان العضو مقصودا بالحلق وما ذكرتم ليس كذلك . قلت : هذا الذى ذكرت هو ما ذكر في المبسوط . قال بعد ما ذكر حلق الرأس : ثم الأصل بعد هذا أنه متى حلق عضوا مقصودا بالحلق من بدنه قبل أو ان التحلل فعليه دم ، وإن حلق مالميس بمقصود فعليه صدقة ؛ ثم قال : ومما ليس بمقصود حلق شعر الصدر والساق ، ولكن المصنف ذكر مادو المواثيق لرواية الجامع الصغير لفخر الإسلام نظرا إلى أنه مقصود بالتنوير : أى إزالته بالنورة ، ولا فرق عند الأئمة الأربعة في إزالة الشعر بين الحلق والتنشف والتنوير فكانت الجناية بحلق كله كاملة وبحلق بعضه قاصرة . وقوله (وإن أخذ من شاربهِ) ظاهر . وقيل الشارب عضو مقصود بالحلق ، فإن من عادة بعض الناس حلق الشارب دون اللحية ، فكان الواجب تكامل الجناية بحلقه .

(قال المصنف : أراد به الصدر والساق) أقول : تفسير المراد بما هو أخص من مؤدى اللفظ ليخرج بذلك الرأس واللحية فإن في الربع من كل منهما الدم بخلاف هذه الأعضاء والفارق العادة ، ثم جعله الصدر والساق مقصودين بالحلق موافق للجامع فخر الإسلام مخالف لما في المبسوط ، ففيه متى حلق عضوا مقصودا بالحلق فعليه دم ، وإن حلق مالميس بمقصود فصدقة .

فيجب عليه الطعام بحسب ذلك، حتى لو كان مثلاً مثل ربع الربع تلزمه قيمة ربع الشاة ، ولقطة الأخذ من الشارب تدل على أنه هو السنة فيه دون الحلق ، والسنة أن يقص حتى يوازى الإطار . قال (وإن حلق موضع الحاجم فعليه دم عند أبي حنيفة) رحمه الله (وقالوا : عليه صدقة) لأنه إنما يخلق لأجل الحجامة وهي ليست من المحظورات فكلنا ما يكون وسيلة إليها ، إلا أن فيه إزالة شيء من التثقب فتجب الصدقة . ولأبي حنيفة رحمه الله أن حلقه مقصود لأنه لا يتوصل إلى المقصود إلا به ،

ربع اللحية معتبرا معها الشارب كما يفيد ما في المبسوط من كون الشارب طرفا من اللحية هو معها عضو واحد لا أنه ينسب إلى ربع اللحية غير معتبر الشارب معها ، فعلى هذا إنما يجب ربع قيمة الشاة إذا بلغ المأخوذ من الشارب ربع المجموع من اللحية مع الشارب لا دونه ، وإذا أخذ المحرم من شارب حلال أطعم ما شاء (قوله ولقطة الأخذ تدل على أنه هو السنة فيه دون الحلق) يشير إلى خلاف ما ذكر الطحاوى في شرح الآثار حيث قال : القص حسن ، وتفسيره أن يقص حتى ينتقص عن الإطار وهو بكسر الهزة ملحق بالجلدة واللحم من الشفة ، وكلام المصنف على أن يحاذيه . ثم قال الطحاوى : والحلق أحسن ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد والمذهب عند بعض المتأخرين من مشايخنا أن السنة القص اهـ . فالمصنف إن حكم بكون المذهب القص أخذاً من لفظ الأخذ في الجامع الصغير فهو أعم من الحلق لأن الحلق أخذ ، والذي ليس أخذاً هو التثقب . فإن ادعى أنه المتبادر لكثرة استعماله فيه منعناه ، وإن سلم فليس المقصود في الجامع هنا بيان أن السنة هو القص أولاً بل بيان ما في إزالة الشعر على المحرم ، ألا ترى أنه ذكر في الإبط الحلق ولم يذكر كون المذهب فيه استئان الحلق ، فعلم أن المقصود ذكر ما يفيد الإزالة بأي طريق حصلت لتعيين حكمه ، وأما الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام « خمس من الفطرة : الختان ، والاستحداد ، وقص الشارب ، وتقليم الأظفار ، ونتف الآباط » فلا ينافي ما يريد به بلفظ الحلق ، فإن المراد منه المبالغة في الاستئصال عملاً بقوله عليه الصلاة والسلام في الصحيحين « أخفوا الشوارب » وهو المبالغة في القطع ، وبأي شيء حصل حصل المقصود غير أنه بالحلق بالموسى أيسر منه بالمقصصة ، وقد يكون بالمقصصة أيضاً مثله ، وذلك بخلاف ما يضع للشارب فقط . فقول الطحاوى : الحلق أحسن من القص يريد القص الذي لم يبلغ ذلك المبلغ في المبالغة ، فإن عند أهل الصناعة قصا يسمونه قص حلاقة (قوله لأنه لا يتوصل إلى المقصود إلا به) يفيد أنه إذا لم تترتب الحجامة على حلق موضع الحاجم لا يجب الدم لأنه أفاد أن كونه مقصوداً إنما هو للتوصل به إلى الحجامة ، فإذا لم تعقبه الحجامة لم يقع وسيلة فلم يكن مقصوداً فلا يجب إلا الصدقة . وعبرة

وأجيب بأنه مع اللحية في الحقيقة عضو واحد لاتصال البعض ببعض فلا يجعل في حكم أعضاء متفرقة كالرأس : فإن من العلوية من عاداته حلق مقدم الرأس وذلك لا يدل على أن كله ليس بعضو واحد ، وقوله (تدل على أنه هو السنة فيه دون الحلق) هو المذهب عند بعض المتأخرين من مشايخنا لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال « عشرة من فطرتي وفطرة إبراهيم خليل الرحمن وذكر من جملتها قص الشارب » . وقوله (حتى يوازى الإطار) قال في المغرب : إطار الشفة ملحق بجلدتها ولحمها مستعار من إطار المنخل والدف . قال (وإن حلق موضع الحاجم فعليه دم) المراد بالحاجم ههنا جمع محجم اسم آلة من الحجامة بدليل ذكر اسم الموضع فلا يصح أن يكون جمع محجم بفتح الميم اسم موضع من الحجامة ، ودليلهما ظاهر . وأما دليل أبي حنيفة فقبه اشتباه لأنه جعل حلقه مقصوداً ووسيلة وهما متنافيان . وأجيب بأنه لم يقل بأن حلقه مقصود لذاته بل قال مقصوداً ، وما لا يتم المقصود

وقد وجد إزالة التفت عن عضو كامل فيجب الدم (وإن حلق رأس محرم بأمره أو بغير أمره فعلى الخالق الصدقة وعلى المخلوق دم) وقال الشافعي رحمه الله : لا يجب إن كان بغير أمره بأن كان نائما لأن من أصله أن الإكراه يخرج المكروه من أن يكون موأخذا بحكم الفعل والنوم أبلغ منه . وعندنا بسبب النوم والإكراه ينتفى المأثم دون الحكم وقد تقرر سببه ، وهو ما نال من الراحة والزينة

شرح الكنز واضحة في ذلك حيث قال في دليلهما : ولأنه قليل فلا يوجب الدم ، كما إذا حلقه لغير الحجامة ، وفي دليله أن حلقه لمن يحتاجه مقصود وهو المعتبر بخلاف الحلق لغيرها ، فظهر لك أن التركيب الصالح في وجه قولهما عبارة شرح الكنز . بخلاف تركيب الكتاب حيث قال : الحجامة ليست بمحظورة ، فكذا ما يكون وسيلة إليها فإنه يفيد إني حظر هذا الحلق للحجامة إذ لا تفعل الحجامة إلا للحاجة إلى تنقيص الدم فلا يكون الحلق محظورا ، ولازم هذا ليس إلا عدم وجوب الصدقة عينا بل يتخير بين ذلك والصوم . وليس المقصود هذا بل لزوم الصدقة عينا بمعنى عدم دخول الدم في كفارة هذا الحلق خلافا لأبي حنيفة ، وعدم الحظر لا يستلزمه . وقوله في وجه قول أبي حنيفة رحمه الله (وقد وجد إزالة التفت عن عضو كامل) يريد أن هذا الموضع في حق الحجامة كامل (قوله وإن حلق رأس محرم) الفاعل ضمير المحرم لأن الضمائر في الأفعال كلها مثل فإن تخضب رأسه بالحناء ، فإن أدهن بزيت وإن لبس ثوبا مخيطا أو غطى رأسه للمحرم بعد ما صرح به في أول الباب إذ قال إذا تطيب المحرم ولهذا قال بعده وكذا إذا كان الخالق حلالا لا يختلف الجواب في المخلوق رأسه ، إلا أن تعيين المخلوق رأسه بنى اختلاف الجواب غير مفيد . والحاصل أنه إما أن يكونا محرمين أو حلالين ، أو الخالق محرم والمخلوق رأسه حلالا أو قلبه ، وفي كل الصور على الخالق صدقة إلا أن يكونا حلالين وعلى المخلوق دم إلا أن يكون حلالا ولا يتخير فيه وإن كان بغير إرادته بأن يكون مكروها أو نائما لأنه عذر من جهة العباد ، بخلاف المضطر فإذا حلق الحلال رأس محرم فقد باشر قطع ما استحق الأمن بالإحرام ، إذ لافرق بين لا تحلقوا حتى تحلوا وبين لا تعضدوا شجر الحرم ، فإذا استحق الشجر نفسه الأمن من هذه العبارة استحق الشعر أيضا الأمن فيجب بتفويته الكفارة بالصدقة ، وإذا حلق المحرم رأس حلال فالارتفاق الحاصل له برفع تفت غيره ، إذ لا شك في تأذى الإنسان بتفت غيره يحلده من رأى نثار الرأس شعثا وسخ الثوب نفل الرائحة ، وما سن غسل الجمعة بل ما كان واجبا إلا لذلك التأذى إلا أنه دون التأذى بتفت نفسه فقصرت الجناية فوجبت الصدقة . والمصنف أجرى الوجه الأول في هذا ، وقد يمنع بأن استحقاق الشعر الأمن إنما هو بالنسبة إلى من قام به الإحرام حالقا أو محلوقا ، فإن خطاب لا تحلقوا للمحرمين فلذا خصصنا به الأول . بقی أن المحرم إذا حلق رأس المحرم اجتمع فيه تفويت الأمن المستحق ، والارتفاق بإزالة

لذاته إلا به فهو مقصود ، وإن كان لغيره فلا تنافي بينهما . بقی الكلام في أن المراد بالمقصود أعم من أن يكون لذاته أو لغيره . وقوله (عن عضو كامل) يعني أن هذا الموضع في حق الحجامة عضو كامل . قوله (وإن حلق) يعني المحرم (رأس محرم بأمره أو بغير أمره) الخالق والمخلوق رأسه إما أن يكون حلالين أو محرمين ، أو الخالق حلال والمخلوق محرم أو بالعكس من ذلك ؛ فالأول لا كلام فيه . والثاني على الخالق فيه صدقة سواء حلق بأمر المخلوق أو بغير أمره ، خلافا للشافعي فيهما فإنه يقول : لا شيء على الخالق مطلقا لأن الموجب هو الارتفاق ، وهو لا يتحقق بحلق شعر غيره ، ولا على المخلوق (إذا كان بغير أمره بأن كان نائما لأن من أصله أن الإكراه يخرج المكروه من المأثم بحكم الفعل والنوم أبلغ منه) لأن القصد يفسد بالإكراه وينعدم بالنوم . وقلنا في الخالق : إن إزالة ما يمنع

فيلزمه الدم حتماً ، بخلاف المضطر حيث يتخير لأن الآفة هناك سماوية وههنا من العباد ، ثم لا يرجع المخلوق رأسه على الخالق ، لأن الدم

نفث غيره ، وقد كان كل منهما بائناً للصدقة ، فربما يئان فتكامل الجناية بهذا الاجتماع فتقتضي وجوب الدم على الخالق كما قال أبو حنيفة في الإدهان بالزيت البحت حيث أوجب الدم لاجتماع أمور لو انفرد كل منها لم يوجب كإيئين الشعر وأصالته للطيب وقتل الهوام فتكاملت الجناية بهذه الجملة فوجب الدم . وتقرير الخلاف مع الشافعي ظاهر من الكتاب ، فبني عدم إزام المحرم شيئاً إذا كان غير مختار بتقديم غير مرة في الصلاة والصوم من أن عدمه يسقط الحكم عنده وعندنا لا . ومبنى عدمه عنده على الخالق مطلقاً عدم الموجب ، أما إن كان حلالاً فلأن الخالق غير محرم عليه ، وإن كان محرماً فكذلك لأن الارتفاق لم يحصل له وهو الموجب عليه . فإن قيل : قد باشر أمراً محظوراً وهو إعاقة المخلوق المحرم على المعصية إن كان باختياره وبغير اختياره أولى . قلنا : المعاصي إنما هي أسباب لعقوبة الإحلال ، وليس كل معصية توجب زاء في أحكام الدنيا إلا بالنص وهو متنفذ في الخالق فنقول : أما الحلال فألحقناه بقاطع شجر الحرم يجامع تنبوت أمن مستحق مستعقب للجزاء . والواجب اتباع الدليل لا بقيد كونه نصاً . وأما المحرم فلأن المؤثر للجزاء في حقه هو نيل الارتفاق بقضاء النفث ، فإن كان على وجه الكمال كان الجزاء دماً وإلا فصدقة . وقيد الإضافة إلى نفسه ملغى إذ لم يثبت اعتباره وعقلية استئصال ماسواه ثابتة . والحاصل أن تنسه محل والمحل لا يدخل في التعليل وإلا امتنع القياس ، فالأصل إلغاء المحال إلا أن يدل على قصد تخصيص الحكم به دليل لا مرد له ، خصوصاً إذا لم يتوقف عليه مناسبة الماسب فيتعلى من نفسه إلى غيره إذا وجد فيه تمام المؤثر وقصوراً ردها إلى الصدقة . وقد يقال : مباشرة الفعل الذي به قضاء النفث إن كان جزء العلة ولو حكماً بأن يأذن المحرم في خلق رأسه لزم عدم الجزاء على النائم بخلق رأسه وإلا لزم الجزاء إذا نظر إلى ذي زينة مقضى النفث ، فإن اختيار الثاني وادعى أن الارتفاق لا يحصل بمجرد رؤية كما قلنا بنى الجزاء في مجرد الئس لذلك عكسه ما لو فرض طولها يوماً مع محادثته وصحة ، واستنشاق طيبه ، ولو كان إلى شيء أقلت باختيار الأول ونفى الجزاء عن النائم والمكره ، ولا يلزم في هذا في كل موضع كالصلاة وغيرها لأن الفساد فيها مثلاً عاق بمجرد وجود الكلام مثلاً ، وههنا قد فرض تعليق الجزاء بالارتفاق الكائن عن مباشرة السبب ولو حكماً

من بدن الإنسان من محظورات الإحرام لا بتحقيقه لأن بمنزلة نبات الحرم ، وتناول محظورات الإحرام يوجب الجزاء سواء كان في بدن أو في غير بدن كما في نبات الحرم فلا يفتقر الحال بين شعره وشعر غيره ، إلا أن الجناية في شعره مكامة فيزوم فيه الدم وفي غيره الصدقة ، وفي الخوق رأسه تقرر السبب وهو نيل الراحة والزينة وذلك يوجب النوم والإكراه لا يصح مانع لأن النائم يفتنى به دون الحكم . قيل : ذكر المصنف ههنا أن بخلق الشعر تحصل الزينة تنجب الكسابة ، وذكر في الديات من هذا الكتاب أن في شعر الرأس الدية لأنه يفوت به مفعة الجسار وذلك تنافس لأن الجمال هو الزينة . وأيب بأنه جمال من حيث الخلقة ولذا يتكلف عادمه في ستره ، ويحصل بمنقه زينة لإزاة الثعث والنبيل ، وإذا اختلعت الجملة زال التافس ، وقوله (بخلاف المضطر) متصل بقوله حتماً : أي بخلاف المحرم المضطر لأن رأسه ، فإنه إذا حققه يخبر إن شاء ذبح شاة وإن شاء تصدق على ستة مساكين وإن شاء صام ثلاثة أيام (لأن الآفة هناك سماوية ، وفي صورة النزاع من العباد ثم الخوق رأسه لا يرجع على الخالق بما وجب عليه من الدم) وقال بعض العلماء : يرجع لأنه هو الذي أوتعه

إنما لزمه بما نال من الراحة فصار كالمنزور في حق العقر، وكذا إذا كان الخالق حلالا لا يختلف الجواب في حق الخلق رأسه، وأما الخالق تلزمه الصدقة في مسألتنا في الوجهين. وقال الشافعي رحمه الله: لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف إذا حلق المحرم رأس حلال. له أن معنى الارتفاق لا يتحقق بحلق شعر غيره وهو الموجب: ولنا أن إزالة ما ينمو من بدن الإنسان من محظورات الإحرام لاستحقاقه الأمان بمنزلة نبات الحرم فلا يفرق الحال بين شعره وشعر غيره إلا أن كمال الجنابة في شعره (فإن أخذ من شارب حلال أو قلم أظافيره أطعم ما شاء) والوجه فيه ما بينا. ولا يعرى عن نوع ارتفاق لأنه يتأذى بتفتت غيره وإن كان أقل من التأذى بتفتت نفسه فيلزمه الطعام (وإن قص أظافير يديه ورجليه فعليه دم) لأنه من المحظورات لما فيه من قضاء التفتت وإزالة ما ينمو من البدن. فإذا قلها كلها فهو ارتفاق كامل فيلزمه الدم. ولا يزداد على دم إن حصل في مجلس واحد لأن الجنابة من نوع

(قوله فصار كالمنزور) يعني كما لا يرجع بالعقر على من غرة جرية من تزوج بها إذا ظهرت أمة بعد الدخول لأن بدله وهو ما ناله من اللذة والراحة حصل للمنزور فيكون البدل الآخر عليه دون الغار، كذلك لا يرجع الخلق رأسه على الخالق بغير إذن لأن سببه اختص به (قوله فإن أخذ من شارب حلال أو قلم أظافيره أطعم ما شاء) أما في الشارب فلا شك، وأما في قلم الأظافير فمخالف لما في المبسوط. فأصل الجواب في قص الأظفار هنا كالجواب في الخلق. وفي المحيط أيضا قال: عليه صدقة. هذا وعن محمد رواية لا يضمن في قص الأظفار. واعلم أن صريح عبارة الأصل في المبسوط. وفي الكافي للحاكم في الخالق هكذا: وإن حلق المحرم رأس حلال تصدق بشيء، وإذا حلق المحرم رأس محرم آخر بأمره أو بغير أمره فعلى الخلق دم وعلى الخالق صدقة اهـ. وهذه العبارة إنما تقتضي لزوم الصدقة المقدرة بنصف صاع فيما إذا حلق رأس محرم. وأما في الحلال فتقتضي أن يطعم: أي شيء شاء كقولهم: من قتل قملة أو جرادة تصدق بما شاء. وإرادة المقدرة في عرف إطلاقهم أن يذكر لفظ صدقة فقط، والله أعلم بحقيقة الحال. ثم بعد التفصيل المذكور في الخالق قال: والجواب في قص الأظفار كالجواب في الخلق وإن كان ما ذكرناه أنه يقتضي عرفهم في التعبير واقعا فيكون ذلك التفصيل أيضا جاريا في قص الأظفار فيصدق ما في الهداية لأنه فرض الصورة في قلم أظفار الحلال (قوله فإن قص أظافير يديه ورجليه فعليه دم) لأنه

في هذه العهدة فكأنه أخذ هذا المقدار من ماله. وقلنا (الدم) إنما لزمه بما نال من الراحة فصار كالمنزور) إذا ضمن العقر لا يرجع على الغار لأنه في مقابلة ما استوفاه من منافع البضع. وقواه (وكذا إذا كان الخالق حلالا) هو الوجه الثالث من الأقسام العقلية وليس فيه على الخالق شيء بالاتفاق وفي الخلق الخلاف المذكور. وقوله (في مسألتنا) أراد به ما إذا كان الخالق محرما. وقوله (في الوجهين) أراد به ما كان بأمره أو بغير أمره. وقوله (فإن أخذ) يعني المحرم (من شارب حلال أو قص أظافيره أطعم ما شاء والوجه فيه ما بينا) يعني قوله: إن إزالة ما ينمو من بدن الإنسان من محظورات الإحرام. وقوله (ولا يعرى عن نوع ارتفاق) إشارة إلى الجواب عما قال الشافعي رحمه الله حلق رأس غيره والأخذ من شارب بمنزلة أن يلبس غيره مخيطا في عدم ارتفاقه، فكما لا يجب في الإلباس عليه شيء فكذلك ههنا، وذلك لأن في الخلق وأخذ الشارب ارتفاقا له لأن الإنسان يتأذى بتفتت غيره، وليس في إلباس المخيط ذلك لكن التأذى بتفتت غيره أقل من التأذى بتفتت نفسه (فيلزمه الطعام) وقوله (وإن قص) أي المحرم (أظافير يديه ورجليه) ظاهر. وقوله (لأن الجنابة من نوع واحد) يعني تسمية ومعنى، أما تسمية نألك الكل

(قوله بمنزلة أن يلبس غيره مخيطا في عدم ارتفاقه، فكما لا يجب عليه في الإلباس شيء فكذلك ههنا) أقول: وجوابه أن الفارق ظاهر لأن مجرد لبس المخيط لا يلزمه بل بدوامة يوما ولدوامه حكم الابتداء في إيقاعه عليه مقصرا بخلاف الخلق.

واحد ، فإن كان في مجالس فكذلك عند محمد رحمه الله لأن مبناها على التداخل فأشبه كفارة الفطر إلا إذا تخللت الكفارة لارتفاع الأولى بالتكفير . وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله : تجب أربعة دماء إن قلم في كل مجلس يدا أو رجلا لأن الغالب فيه معنى العبادة فيتقيد التداخل باتحاد المجلس كما في آي السجدة

أكمل ارتفاق يكون بالقص ، وقص يد واحدة ارتفاق كامل ففيه الدم أيضا ، فقص الكل في مجلس واحد كلبس كل الثياب وحلق شعر كل البدن في مجلس لا يوجب غير دم واحد (فإن كان في مجالس فكذا عند محمد) أي دم واحد لأن مبني هذه الكفارة على التداخل حتى لزم المحرم بقتل صيد الحرم قيمة واحدة مع الجنابة على الإحرام والحرم فأشبهت كفارة الفطر في رمضان في أنه إذا تكررت الجنابات بالفطر ولم يكفر لو واحدة منها لزمه كفارة واحدة ، وإن كفر للسابقة كفر للاحدة كذا هنا (قوله وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف عليه أربعة دماء إن قص في كل مجلس طرفا من أربعته لأن الغالب فيه معنى العبادة) خرج الجواب عن كفارة الإفطار فيتقيد التداخل باتحاد المجلس . غير أنه لا بد من إثبات هذه المقدمة ، والمثبت لها لزوم الكفارة شرعا مع الأعذار . ومن المعلوم أن الأعذار مسقطه للعقوبات ، وعلى هذا فلا يخفى أن لازم ترجيح معنى العبادة عدم التداخل لأنه اللائق بالحدود ، إلا أن يوجبه موجب آخر كما أوجبه في آي السجدة لزوم الحرج لو لم يعتبر ولا موجب هنا . والإلحاق بآي السجدة في الكتاب إنما هو في تقيد التداخل بالمجلس لا في إثبات التداخل نفسه وإلا كان بلا جامع لأن موجب في الأصل : أعني آي السجدة لزوم الحرج ، وذلك لأن العادة مستمرة بتكرار الآيات للتراية والدراسة والتدبر للتأمل للحاجة إلى ذلك ، فلم يتداخل لزم الحرج ، غير أن ما تندفع هذه الحاجات به من التكرار يكون غالبا في مجلس واحد فتقيد التداخل به ، وليس سبب لزوم الحرج لولا التداخل هنا قائما ، إذ لا داعي لمن أراد قص أظفار يديه ورجليه إلى تفريق ذلك في مجالس فلا عادة مستمرة في ذلك فلا حرج يلزم بتقدير عدم التداخل

يسنى قصا ، وأما معنى فلأن الارتفاق من حيث القص وهو شيء واحد . وقوله (لأن مبناها على التداخل) يعني أن المحرم إذا قتل صيد الحرم يكفيه قيمة واحدة وإن كانت الجنابة في حق الحرم والإحرام جميعا فكان مبناها على ذلك (فأشبه كفارة الفطر) وهما يقولان : كفارة الإحرام معنى العبادة فيها غالب بدليل أنها تجب على المعذور كالمكره والنائم والمخطئ والناسي والمضطر ، وبالنظر إلى ذلك لا تتداخل قلنا بتقيد التداخل باتحاد المجلس لأنه إذا كان في مجلس واحد فالمقصود واحد والمحال مختلف فرجحنا اتحاد المقصود بوجود الجامع وهو المجلس ، وأما إذا اختلفت المجالس فيترجح جانب اختلاف المحال ويلزم لكل واحد دم عملا بالوجهين . فإن قيل : الجنابات إذا كانت من جنس واحد لا تعدد الكفارة كما إذا حلق رأسه في مجالس مختلفة فإن عليه كفارة واحدة لذلك . فالجواب أن ههنا اتحاد المقصود واتحاد المحل وكذا اختلافهما ، فتي اتحاد الجميع لزمه كفارة واحدة بلا خلاف بينهم ، ومتى اختلف الجميع لزمه الكفارة متعددة ؛ ومتى اتحاد المقصود واختلف المحال ، فإن اتحاد المجلس تقوى جانب الاتحاد فلزمه كفارة واحدة ، ومتى اختلف المجلس تقوى جانب الاختلاف وتعددت الكفارة ، فإذا عرفت هذا ظهر لزوم التعدد فيما نحن فيه عند اختلاف المجلس ولزوم الوحدة عند اتحاده ، ولا يلزم حلق الرأس عليه لأن المحل متحد والمقصود كذلك ، بخلاف محل النزاع لأن المحال فيه مختلفة ولا يشكل بحلق الإبطين فإن المقصود متحد والمحال مختلفة ، ولا يختلف الحال في اتحاد الجزاء بين ما كان المجلس متحدا أو مختلفا لأن ذلك لا رواية فيه ، ولأن كانت فئمة ما يوجب اتحاد المحال وهو التنوير ، فإنه لو نوى جميع البدن لم يلزمه إلا كفارة واحدة ، وقد تقدم أن الحلق

(وإن قص يدا أو رجلا فعليه دم) إقامة لاربع مقام الكل كما في الحلق (وإن قص أقل من خمسة أظافر فعليه صدقة) معناه يجب بكل ظفر صدقة . وقال زفر رحمه الله : يجب الدم بقص ثلاثة منها ، وهو قول أبي حنيفة الأول لأن في أظافر اليد الواحدة دما والثلاث أكثرها . وجه المذكور في الكتاب أن أظافر كف واحد أقل ما يجب الدم بقلعه وقد أقمناها مقام الكل ، فلا يقام أكثرها مقام كلها لأنه يؤدي إلى مالا يتناهى (وإن قص خمسة أظافر متفرقة من يديه ورجليه فعليه صدقة عند أبي حنيفة وأبي يوسف) رحمهما الله تعالى (وقال محمد) رحمه الله (عليه دم) اعتبارا بما لو قصها من كف واحد ، وبما إذا حلق ريع الرأس من مواضع متفرقة : ولهما أن

على تقدير قص كل طرف في مجلس فلا يثبت هذا الحكم إلا أن يكون فيه إجماع . وفي المبسوط : لو قص إحدى يديه ثم الأخرى في مجلس أو حلق رأسه ولحيته وإبطيه أو جامع مرارا قبل الوقوف في مجلس واحد مع امرأة واحدة أو نسوة فعليه دم واحد ، وإن اختلفت المجالس يلزمه لكل مجلس موجب جنائته فيه عندهما . وقال محمد : عليه دم واحد في تعدد المجالس أيضا ما لم يكفر عن الأولى وتقدم نظيره في الطيب اعتبره بما أو حلق في مجلس واحد ريع رأسه ثم في مجلس آخر ريعه ثم وثم حتى حلق كله في أربعة مجالس يلزمه دم واحد اتفاقا ما لم يكفر للأول . والفرق لهما أن الجنابة في الحلق واحدة لاتحاد محلها وهو الرأس (قوله إقامة للربع مقام الكل كما في الحلق) أى حلق الرأس والحية لأن حلق ريع غيرهما من الأعضاء إنما فيه الصدقة . فإن قيل : إلحاق الربع من الرأس ب كله بناء على انه معتاد والمعتاد في قلم الأظفار ليس الاقتصار على طرف واحد فكيف هذا الإلحاق مع انتفاء الجامع ؟ فالجواب أن الجامع إنما هو كمال الارتفاق لا الاعتداد . إلا أنه لما كان قد يتردد في حصوله بخلق ربع الرأس أثبتته بالعادة إذ القصد إليه على وجه العادة لمن يقصده ليس لإلتئيل الارتفاق لا أنها هي المناط للزوم الدم . ولا شك أن أدنى كمال الارتفاق يحصل بقلم تمام يد وإن كان في اليدين أكمل وفي الكل أكمل من هذا فيثبت به الدم ولا يبالي بكونه غير معتاد (قوله لأنه يؤدي إلى مالا يتناهى) كلام خطابي لا تحقيقى : أى كان يجب أن يقام أكثر الثلاثة أيضا

مثل التنوير وليس في صورة النزاع ما يجعلها كذلك . وقوله (وإن قص يدا أو رجلا) ظاهر . وقوله (وجه المذكور في الكتاب) أى القدورى (أن أظافر كف واحد أقل ما يجب الدم بقلعه) وكل ما هو كذلك لا يقام أكثره مقامه ، أما أنها أقل ما يجب الدم بقلعه فلأنه إنما وجب الدم باعتبار قيامه مقام الكل ، وفي ذلك شبهة وليس بعد الشبهة إلا شبهة الشبهة وهي غير معتبرة بحال ، وقد أشار إلى هذا التعليل بقوله (وقد أقمناها مقام الكل) وهو في موضع الحال : أى أنها أقل ما يجب الدم بقلعه حال كونها مقامه مقام الكل ففيها شبهة الكلية إلى آخر ما ذكرنا . وأما أن كل ما هو كذلك لا يقام أكثر مقامه فلما قال (لأنه يؤدي إلى مالا يتناهى) لأنه إذا أقيم الثلاثة مقام خمسة يقام الاثنان مقام الثلاثة ، ثم الظفر والنصف مقام الظفرين ، ثم الظفر الواحد مقام ظفر ونصف وهم جراً دفعا للتحكم ، والمراد بقوله إلى مالا يتناهى . إلى ما يتعسر اعتباره ، لأن الجسم عندنا أهل السنة والجماعة يتناهى إلى الجزء الذى لا يتجزأ فلا بد له من تأويل وذلك ما قلنا (وإن قص خمسة أظافر متفرقة) بالجر صفة للمعلود كما في قوله تعالى - سبيح بقرات سمان - (من يديه ورجليه فعليه صدقة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله : عليه دم اعتبارا بما لو قصها من كف واحد) بجامع أنه قص خمسة أظافر ولا تفرقة في ذلك بين أن تكون من يد واحدة أو من يد ورجل (وبما إذا حلق ريع الرأس من مواضع متفرقة ، ولهما أن الدم إنما يجب عند

كأن الجناية بنيل الراحة والزينة والقلم على هذا الوجه يتأذى ويشينه ذلك ، بخلاف الحلق لأنه معتاد على مامر . وإذا تقاصرت الجناية تجب فيها الصدقة فيجب بقلم كل ظفر طعام مسكين ، وكذلك لو قلم أكثر من خمسة متفرقا لأن أن يبلغ ذلك إما فحينئذ ينقص عنه ما شاء . قال (وإن انكسر ظفر المحرم وتعلق فأخذه فلا شيء عليه) لأنه لا ينمو بعد الانكسار فأشبهه اليابس من شجر الحرم (وإن تطيب أو لبس مخيطا أو حلق من عذره فهو مخير إن شاء ذبح وإن شاء تصدق على ستة مساكين بثلاثة أصوع من الطعام وإن شاء صام ثلاثة أيام) لقوله تعالى - ففدية من صيام أو صدقة أو نسك - وكلمة أو للتخير وقد فسرهما رسول الله عليه الصلاة والسلام بما ذكرنا ، والآية نزلت في المعذور

كالظفرين ثم يقام أكثرهما وهكذا إلى أن يجب بقطع جوهرين لا يتجزآن من قلامة ظفر واحد (قوله وبالقلم على هذا الوجه يتأذى) بخلاف ما قست عليه من الطيب والحلق في مواضع متفرقة إذ يرتفع بهما ممرتين فانتفى الجامع . قالوا : لو قص ستة عشر ظفرا من كل طرف أربعة وجب عليه لكل ظفر صدقة إلا أن يبلغ ذلك إما فينقص ما شاء هذا ، وكل ما يفعله العبد المحرم مما فيه الدم عينا أو الصدقة عينا فعليه ذلك إذا عتق لافي الحال ولا يبدل بالصوم (قوله أو لبس من عذر) بأن اضطر إلى تغطية الرأس لخوف الملاك من البرد أو للمرض أو لبس السلاح للحرب فعليه كفارة واحدة يتخير فيها بين أن يذبح شاة أو يطعم ستة مساكين لكل مسكين نصف صاع من طعام أو بصوم ثلاثة أيام ، وإن كان ينزعه ليلا ويلبسه نهارا ما لم يذهب العدو مثلا ويأتى غيره ، وتقدم لهذا زيادة تفصيل فارجع إليه (قوله وقد فسرهما) أى فسر الكفارة المتخير فيها بقوله تعالى - ففدية من صيام أو صدقة أو نسك - بما ذكرنا ، وذلك في حديث كعب بن عجرة في الصحيحين قال « حملت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم والتملت يتناثر على وجهي فقال : ما كنت أرى الوجع بلغ بك ما أرى ، أو ما كنت أرى الجهد بلغ بك ما أرى ، أتجد شاة ؟ فقلت لا ، فقال : صم ثلاثة أيام أو أطعم ستة مساكين لكل مسكين نصف صاع » وفي رواية « فأمره أن يطعم فقا بين ستة أو يهدى شاة أو يصوم ثلاثة أيام » وفسر الفرق بثلاثة أصوع . وقوله في الرواية الأولى « أتجد شاة » في الابتداء محمول على أنه سأله هل تجد النسك ، فإن وجده أخبره أنه مخير بينه وبين الخصلتين وإن كان خلاف المتبادر كى لا تقع المعارضة بينه وبين الكتاب وهو قوله تعالى - ففدية من صيام أو صدقة أو نسك -

تكامل الجناية بنيل الراحة والزينة (وهذا ليس كذلك لأنه) بالقلم على هذا الوجه يتأذى ويشينه ذلك ، بخلاف الحلق لأنه معتاد (فإن من يأخذ شيئا من مقدم رأسه وشيئا من مؤخره فإذا جمع الجميع يصير مقدار الربع (وإذا تقاصرت الجناية تجب فيها الصدقة) ومقدارها لكل ظفر طعام مسكين (وكذلك لو قلم أكثر من خمسة متفرقا إلا أن يبلغ ذلك إما فينقص منه ما شاء) حتى قالوا لو قص ستة عشر ظفرا من كل عضو أربعة فعليه لكل ظفر طعام مسكين إلا أن يبلغ ذلك إما فينقص منه ما شاء . وقوله (وإن انكسر ظفر المحرم) ظاهر . وقوله (والآية نزلت في المعذور) قال كعب بن عجرة بضم العين وسكون الجيم « مرّ بي رسول الله صلى الله عليه وسلم والقمل يتهافت على وجهي وأنا أوقد تحت قدر لي ، فقال : أبوء ذك هوام رأسك ؟ فقلت نعم ، فأنزل الله تعالى - ففدية من صيام أو صدقة أو نسك ، فقلت : ما الصيام يا رسول الله ؟ فقال : ثلاثة أيام كما ذكر في الكتاب » ولولا تفسيره عليه الصلاة والسلام لقد رناه بستة أيام لأنه لما تقدّر الطعام بستة مساكين كان القياس أن يكون الصوم ستة أيام . والحكم في كل ما اضطر إليه مما لو فعله غير المضطر وجب عليه الدم كذلك يجب عليه أحد الأشياء المذكورة .

ثم الصوم يجزيه في أى موضع شاء لأنه عبادة في كل مكان، وكذلك الصدقة عندنا لما بينا . وأما النسك فيختص بالحرم بالاتفاق لأن الإراقة لم تعرف قربة إلا في زمان أو مكان ، وهذا الدم لا يختص بزمان فتعين اختصاصه بالمكان ، ولو اختار الطعام أجزأه فيه التغذية والتعشية عند أبي يوسف رحمه الله اعتبارا بكفارة اليمين . وعند محمد رحمه الله لا يجزيه لأن الصدقة تنهى عن التملك وهو المذكور .

والرواية الأخرى (قوله وأما النسك فيختص بالحرم) قال الله تعالى في جزاء الصيد - هديا بالغ الكعبة - وهو واجب بطريق الكفارة فكان أصلا في كل هدى وجب كفارة في اختصاصه بالحرم . وقوله لأن الإراقة لم تعرف قربة إلا في زمان أو مكان يعطى أن القربة هنا تعلقت بالإراقة ، ولازمه جواز الأكل منه كهدى المتعة وقران والأضحية ، لكن الواقع لزوم التصديق بجميع لحمه لأنه كفارة ، ثم لازم هذا بحسب المتبادر أنه لو سرق بعد ما ذبح يلزمه إقامة غيره مقامه ، لكن الواقع أن لا يلزمه ذلك وغيره فكان القربة فيه لها جهتان : جهة الإراقة . وجهة التصديق . فلأولى لا يجب غيره إذا سرق مذبوحا . وللثانية يتصدق بلحمه ولا يأكل منه (قوله وهو) أى الصدقة على تأويل التصديق (المذكور) في الآية ، قيل قول أبي حنيفة كقول محمد . وقال أبو يوسف : الحديث الذى فسر الآية فيه لفظ الإطعام فكان كفارة اليمين . وفيه نظر . فإن الحديث ليس مفسر الجمل بل إنه مبين للمراد بالإطلاق ، وهو حديث مشهور عملت به الأمة فجازت الزيادة به . ثم المذكور في الآية الصدقة وتحقق حقيقتها بالتمليك ، فيجب أن يحل في الحديث الإطعام على الإطعام التنى هو الصدقة وإلا كان معارضا . وغاية الأمر أنه يعتبر بالاسم الأعم ، والله أعلم .

قوله (وكذلك الصدقة عندنا) يعنى خلافا للشافعى فإنه يقول : لا يجزيه الطعام إلا في الحرم لأن المقصود به الرفق بفقراء الحرم ووصول المنفعة إليهم . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لأنه عبادة في كل مكان . وقوله (وأما النسك) يقال نسك لله نسكا ومنسكا : إذا ذبح لوجهه ، ثم قالوا : لكل عبادة نسك ، ومنه قوله تعالى - قل إن صلاتي ونسكى - والمراد به ههنا الهدى الذى يذبحه في الحرم بطريق الجزاء عما باشره من محظورات الإحرام كالطيب والحلق في حالة العذر ، وذلك مخصوص بالحرم بالاتفاق (لأن الإراقة لم تعرف قربة إلا في زمان) كالأضحية وهدى المتعة والقران في أيام النحر (أو في مكان) كما في دماء الكفارات ، قال الله تعالى في جزاء الصيد - هديا بالغ الكعبة - وذلك واجب بطريق الكفارة (وهذا الدم لا يختص بزمان فتعين اختصاصه بالمكان) وهو الحرم ، وليس المعنى بالاختصاص إراقة الدم لا غير لأنه تلويث الحرم إنما المقصود هو التصديق باللحم بغد الذبح ، فعليه أن يتصدق بلحمه على فقراء الحرم وغيرهم عندنا . وقوله (ولو اختار الطعام أجزأه) ظاهر ، وأبو يوسف نظر إلى كفارة اليمين في القران فإنه ذكر بلفظ الإطعام وهو يفيد الإباحة وإلى تفسير النبي عليه الصلاة والسلام فإنه قال « أطلعتم ستة مساكين » ومحمد نظر إلى قوله - أو صدقة - فإنها تنهى عن التملك ، بخلاف كفارة اليمين فإن المذكور فيها الإطعام لا الصدقة .

(فصل)

(فإن نظر إلى فرج امرأته بشهوة فأمنى لاشئ عليه) لأن المحرم هو الجماع ولم يوجد فصار كما لو تفكر فأمنى (وإن قبل أو لمس بشهوة فعليه دم) وفي الجامع الصغير يقول : إذا مس بشهوة فأمنى ، ولا فرق بين ما إذا أنزل أو لم ينزل ذكره في الأصل . وكذا الجواب في الجماع فيما دون الفرج . وعن الشافعي أنه إنما يفسد إحرامه في جميع ذلك إذا أنزل واعتبره بالصوم .

(فصل)

قدم النوع السابق على هذا لأنه كالمقدمة له ، إذ الطيب وإزالة الشعر والظفر مهميجات للشهوة لما تعطيه من الراحة والزينة (قوله ولا فرق بين ما إذا أنزل أو لم ينزل) مخالف لما صحح في الجامع الصغير لقاضيخان من اشتراط الإنزال . قال : ليكون جماعا من وجه ، موافق لما في المبسوط حيث قال : وكذلك إذا لم ينزل : يعني يجب الدم عندنا خلافا للشافعي في قول قياسا على الصوم فإنه لا يلزمه شئ إذا لم ينزل بالتقبيل ، لكننا نقول : الجماع فيما دون الفرج من جملة الرفث فكان منهيا عنه بسبب الإحرام ، وبالإقدام عليه يصير مرتكبيا محظورا لإحرامه اهـ . وقد يقال : إن كان الإلزام للنهي فليس كل نهى يوجب كالرفث ، وإن كان للرفث فكذلك إذ أصله الكلام في الجماع بحضرتهم وليس ذلك موجبا شيئا (قوله في جميع ذلك) ظاهره إرادة المس بشهوة والقبلة بشهوة والجماع فيما دون الفرج ، والمفاد حينئذ بالتركيب المذكور : أعني قوله إنما يفسد إحرامه في جميع ذلك إذا أنزل أنه إذا أنزل يفسد إحرامه وإذا لم ينزل لم يلزمه دم ؛ وهذا لأنه لو أريد مجرد معنى الجملة الأول وهو إذا أنزل يفسد كان لفظ

(فصل)

قدم جنابة الطيب ونحوها على جنابة الجماع ودواعيه ، لأن الطيب واللبس كالوسيلة للجماع والوسائل تقدم ، ولهذا قدم في هذا الفصل ذكر دواعي الجماع عليه (فإن نظر) المحرم (إلى فرج امرأته) أي إلى داخل فرجها وهو موضع البكارة ، وإنما يتحقق ذلك عند كونها منكبة (بشهوة فأمنى) أي أنزل المني (لاشئ عليه) من الكفارة (لأن المحرم هو الجماع) وهو قضاء الشهوة على سبيل الاجتماع صورة وهو الإيلاج ومعنى وهو الإنزال (ولم يوجد) ذلك (فصار كما لو تفكر فأمنى) فإنه لا يجب عليه شئ لما قلنا (فإن قبل أو لمس بشهوة فعليه دم) سواء أنزل أو لم ينزل على رواية الأصل (وفي الجامع الصغير) شرط الإنزال حيث قال (إذا مس بشهوة فأمنى) ولهذا ذكر رواية الجامع الصغير (وكذا الجواب في الجماع فيما دون الفرج) من الإدخال بين الفخذين والسرّة فإن الفرج يراد به القبل والدبر فما دونه يكون مذكرا . (وروى) عن الشافعي رحمه الله أنه إذا أنزل فسد إحرامه في جميع ذلك (يعني التقبيل بشهوة والمس بشهوة والجماع فيما دون الفرج) واعتبر ذلك بالصوم

(فصل) فإن نظر إلى فرج امرأته

(قال المصنف : وعن الشافعي أنه إنما يفسد إحرامه) أقول : يعني لاحكم في تلك الصور إلا الفساد بالإنزال ، فيفيد مجموع الأمرين من الفساد بالإنزال ، وعدم وجوب شيء عند عدم الإنزال ، ويظهر أن كلمة إنما في موقعها (قوله وروى عن الشافعي أنه إذا أنزل الخ)

ولنا أن فساد الحج يتعلق بالجماع ولهذا لا يفسد بسائر المحظورات وهذا ليس بجماع مقصود فلا يتعلق به ما يتعلق بالجماع إلا أن فيه معنى الاستمتاع والارتفاق بالمرأة وذلك محذور الإحرام فيلزمه الدم بخلاف الصوم : لأن المحرم فيه قضاء الشهوة ولا يحصل بدون الإنزال فيما دون الفرج

إنما لغوا ، إذ هذا المعنى ثابت مع الاختصار على قوله وقال الشافعي يفسد في جميع ذلك إذا أنزل ، فالمعنى ما ذكرنا . وتحقيقه أنه قصر الصور المذكورة على حكم هو الفساد إذا أنزل . وفيه تقديم وتأخير ، والأصل إنما في جميع تلك الصور فساد الإحرام بالإنزال . وهو معنى قولنا : لا حكم فيها إلا الفساد بالإنزال . فيفيد مجموع الأمرين من الفساد بالإنزال . وعدم وجوب شيء عند عدم الإنزال لأنه لم يجعل فيها حكما سوى ما ذكر ، ثم مذهب الشافعي هو مجموع الأمرين في قول بالصوم صالح لإثباتهما معا فيحمل عليه . وعادتهم نصب الخلاف باعتبار قول ثم قصد المصنف اتباع ما في المبسوط . والذي فيه ما علمت من قوله خلافا للشافعي في قول قياسا على الصوم فإنه لا يلزمه شيء إذا لم ينزل . ثم ذكر المصنف الفرق الذي ذكره . وعلى المصنف على هذا أن يتعرض في تقرير المذهب للطرفين ويمكن تحميله لكلامه . فالتعرض للأول بقوله (ولنا أن فساد الإحرام يتعلق بالجماع) يعني إنما يتعلق به ثم استدل على هذا بعدم فساد شيء من المحظورات بقوله (ولهذا لا يفسد بسائر المحظورات) وتفصيله أن المعلوم أن سائر ما لا يفسد بمباشرتها الإحرام . والنص ورد به في الجماع بصورته ، فإنه صلى الله عليه وسلم إنما سئل عن الجماع ومطلقه ينصرف إلى ما هو بالصورة الخاصة فيتعلق الجواب بالفساد بحقيقته ، ولولا ذلك النص لم تقل بأن الجماع أيضا مفسد . ولأن أقصى ما يجب في الحج القضاء وفي الصوم الكفارة فكانا متوازيين ، والكفارة في الصوم لا تجب بالإنزال مع المس . فكذا قضاء الحج ، وعدم وجوب القضاء حكم عدم الفساد فيثبت عدمه وهو المطلوب ، والتعرض للثاني بقوله (إلا أن فيه معنى الاستمتاع الخ) وجهه أن مرجع ضمير فيه لفظ جميع ذلك ، والمراد به ما قلنا من المس بشهوة والتقبيل والجماع فيما دون الفرج لا بقيد الإنزال كما يفيد لفظ النهاية ، وإلا لم يكن لقوله بعد ذلك إذا أنزل معنى ، وكان ينحل إلى قولنا في المس بشهوة مع الإنزال إذا أنزل . فالحاصل من العبارة إلى قوله فيما دون الفرج إلا أن في المس بشهوة والتقبيل والوطء فيما دون الفرج استمتاعا بالمرأة أعم من كونه مع إنزال أولا وذلك محذور إحرامه فيلزم الدم ، بخلاف الصوم الذي قست عليه عدم لزوم شيء إذا لم ينزل والفساد إذا أنزل ، لأن المحرم فيه قضاء الشهوة فلا يحصل المحرم فيه فيما دون الفرج إلا بالإنزال . ثم إنما يفسد عند ذلك لأن تحريمه بسبب كونه تفويتا للركن الذي هو الكف عن قضاء الشهوة من المرأة وقبلة لم يوجد محرم أصلا . بل الثابت فعل مكروه فلا يجب شيئا بخلاف ما نحن فيه فإن بالاستمتاع

فإنه إنما يفسد بهذه الأشياء إذا أنزل لأنه موافقة معنى (ولنا) على أن الإحرام لا يفسد وأن الإنزال ليس بشرط لوجوب الكفارة في هذه الصور (أن فساد الحج يتعلق بالجماع لأنه لا يفسد بغيره من المحظورات) بالإجماع (وهذا ليس بجماع) فلا يتعلق به فساد الحج إلا أن فيه معنى الاستمتاع والارتفاق بالمرأة وذلك من محظورات الإحرام ، لما تقدم أن دواعي الجماع ملحقة به (فيلزمه الدم) وقوله (بخلاف الصوم) جواب عن اعتباره بالصوم (لأن المحرم فيه قضاء الشهوة) حيث كان ركنه الكف عنها وقضاؤها بدون الإنزال فيما دون الفرج لا يتحقق

أقول على شرحه تكون كلمة إنما في كلام المصنف زائدة كما لا يخفى (قال المصنف : فلا يحصل بدون الإنزال فيما دون الفرج) أقول : أما في الفرج فيحصل بدون

(وإن جامع في أحد السبيلين قبل الوقوف بعرفة فسد حججه وعليه شاة) ويمضى في الحج كما يمضى من لم يفسده (وعليه القضاء) والأصل فيه ما روى « أن رسول الله عليه الصلاة والسلام سئل عن واقع امرأته وهما محرمان بالحج قال : يريقان دما ويمضيان في حجتهما وعليهما الحج من قابل »

بلا إنزال يحصل محذور الإحرام فيستعقب الجزاء ، ومع الإنزال يثبت الفساد بالنص (قوله فسد حججه وعليه شاة) وكذا إذا تعدد الجماع في مجلس واحد لامرأة أو نسوة ، والوطء في الدبر كهو في القبل عندهما ، وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة ، وفي أخرى عنه : لا يتعلق به فساد الأول أصح ، فإن جامع في مجلس آخر قبل الوقوف ولم يقصد به رفض الحجة الفاسدة لزمه دم آخر عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، ولو نوى بالجماع الثاني رفضن الفاسدة لا يلزمه بالثاني شيء كذا في خزائن الأكل وقاضيهان . وقدمنا من المبسوط قريبا لزوم تعدد الموجب لتعدد المجالس عندهما من غير هذا القيد . وقال محمد : يلزمه كفارة واحدة إلا أن يكون كفر عن الأولى فيلزمه أخرى ، والحق اعتباره على أن تصوير الجنائيات المتعددة بعده متحدة ، فإنه نص في ظاهر الرواية على أن المحرم إذا جامع النساء ورفض إحرامه وأقام يصنع ما يصنع الحلال من الجماع وقتل الصيد فعليه أن يعود حراما كما كان . قال في المبسوط : لأن يفساد الإحرام لم يصير خارجا عنه قبل الأعمال ، وكذا بنية الرفض وارتكاب المحظورات فهو محرم على حاله إلا أن عليه بجميع ما صنع دما واحدا لما بينا أن ارتكاب المحظورات استند إلى قصد واحد وهو تعجيل الإحلال فيكفيه لذلك دم واحد . فكذا لو تعدد جماع بعد الأول لقصد الرفض فيه دم واحد . وما يلزم به الفساد والدم على الرجل يلزم مثله على المرأة ، وإن كانت مكرهة أو ناسية إنما ينتفى بذلك الإثم . ولو كان الزوج صبيا يجامع مثله فسد حججه دون ، ولو كانت هي الصبية أو مجنونة انعكس الحكم . ولو جامع بهيمة وأنزل لم يفسد حججه وعليه دم ، وإن لم ينزل فلا شيء عليه ، والاستمنا بالكف على هذا . ثم إذا كانت مكرهة حتى فسد حججه ولزمها دم هل ترجع على الزوج ؟ عن ابن شجاع لا . وعن القاضي أبي خازم نعم . والقارن إذا جامع قبل الوقوف وقبل أن يطوف لعمرته أربعة أشواط فسد حججه وعمرته وعليه أن يمضى فيهما ويتمهما على الفساد وشاتان وقضاؤهما ، فلو جامع بعد ما طاف لعمرته أربعة أشواط فسد حججه دون عمرته ، وإذا فسد الحج سقط دم القمار لأنه لم يجتمع له نسكان صحيحان . وعليه دمان لفساد الحج وللجماع في إحرام العمرة لأنه باق فيقضى الحج فقط ، ولذا لو أحرم بعمرة فأفسدها ثم أهل بحجة ليس بقارن لهذا (قوله والأصل الخ) روى أبو داود في المراسيل عن يحيى بن أبي كثير : حدثنا يزيد بن نعيم أو زيد بن نعيم شك فيه أبو توبة « أن رجلا من جذام جامع امرأته وهما محرمان ، فسأل الرجل النبي صلى الله عليه وسلم فقال : اقضيا حجكما وأهديا هديا » قال ابن القطان : لا يصح فإن زيد بن نعيم مجهول . ويزيد بن نعيم بن هزال ثقة ، وقد شك أبو توبة في أيهما حدثه به . قلنا : قد رواه البيهقي وقال : إنه منقطع ، وهو يزيد بن نعيم بلا شك . وقوله منقطع بناء على الاختلاف في سماع يزيد هذا من جابر بن عبد الله وفي صحة أبيه فإنه سمع من أبيه . واختلف في صحة أبيه ، فمن قال إنه صحابي وإنه سمع من جابر جعله مرسلا وعليه مثنى أبو داود ، فإنه أورد هذا الحديث في المراسيل

(وإن جامع في أحد السبيلين قبل الوقوف بعرفة فسد حججه وعليه شاة ويمضى في الحج) بأداء أفعاله (كما يمضى : من لم يفسد حججه . والأصل فيه ما روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن واقع امرأته وهما محرمان بالحج قال : يريقان دما ويمضيان في حجتهما وعليهما الحج من قابل ») ولا فرق في ذلك بين أن يكون عامدا أو ناسيا أو هي

وهكذا نقل عن جماعة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم . وقال الشافعى رحمه الله : تجب بدنة اعتبارا بما لو جامع بعد الوقوف ، والحجة عليه إطلاق ما روينا . ولأن القضاء لما وجب ولا يجب إلا لاستدراك المصلحة مخف معنى الجنابة فيكفى بالشاة بخلاف ما بعد الوقوف لأنه لا قضاء . ثم سوى بين السيلين . وعن أبى حنيفة رحمه الله أن في غير القبل منهما لا يفسد لتقاصر معنى الوطء فكان عنه روايتان (وليس عليه أن يفارق امرأته في قضاء ما أفسدها)

ومن قال لم يسمع من جابر وليس لأبيه صحة يجعله منقطعاً فإنه لم يعلم سماعه من صحابي آخر . وليس في سند أبى داود انقطاع . فإنه رواه عن أبى توبة الربيع بن نافع عن معاوية بن سلام عن يحيى بن أبى كثير قال : أخبرني يزيد ابن نعيم أو زيد بن نعيم . وهذا سند متصل كله ثقات بتقدير يزيد ، ولا شك فيه في طريق البيهقي فيحصل اتصاله وإرساله : وهو حجة عندنا وعند أكثر أهل العلم . وروى ابن وهب بسند فيه ابن لهيعة عن يزيد بن أبى حبيب « أن رجلاً من جذام الحديث ، وفيه : حتى إذا كننا في المكان الذي أصبنا فيه ما أصبنا فأحرما وتفرقا » الحديث إلى أن قال : وأهديا . وضعف بابن لهيعة . ويشد المرسل والمذكور منه ما سوى الزيادة . وروى بالزيادة عن جماعة من الصحابة في مسند ابن أبي شبة إلى من سأل مجاهدا عن المحرم يواقع امرأته فقال : كان ذلك على عهد عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال : يقضيان حججهما ثم يرجعان حلالين ، فإذا كان من قابل حجاً وأهديا وتفرقا من المكان الذي أصابها فيه . وروى الدارقطني عن ابن عمر رضى الله عنهما قال فيه : بطل حججه ، قال له السائل فيقعد ؟ قال لا ، بل يخرج مع الناس فيصنع ما يصنعون ، فإذا أدركه من قابل حج وأهدى . ووافقه على هذا ابن عباس وعبد الله ابن عمرو بن العاص ، وصحح البيهقي إسناده عنهم . وفي موطن مالك من بلاغاته عن علي وعمر وأبى هريرة رضى الله عنهم نحوه ، إلا أن علياً قال فيه : يفترقان حتى يقضيا حججهما (قوله اعتبارا بما لو جامع بعد الوقوف) بل أولى لأن الجماع قبله في مطلق الإحرام بخلافه بعده (قوله والحجة عليه ما روينا) يعنى لفظ الشاة ، وعلى

ناعمة أو مكروهة (وهكذا) يعنى مثل ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم (نقل عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم . وقال الشافعى رحمه الله : تجب بدنة كما لو جامع بعد الوقوف) والجامع تغلظ الجنابة (والحجة عليه إطلاق ما روينا) وهو قوله عليه الصلاة والسلام « يريقان دماً » ذكره مطلقاً ، فيتناول الشاة لأنه متيقن . فإن قيل : المطلق ينصرف إلى الكامل والجزء كامل فينصرف إليه . فالجواب أن المطلق ينصرف إلى الكامل إذا لم يكن ما يمنعه . وهو ههنا موجود لأن الجماع قبل الوقوف لما كان سبباً للقضاء خف معنى الجنابة لاستدراك المصلحة القائمة بالقضاء ، فلو أوجبنا البدنة لزم إيجاب الجزاء الغليظ في مقابلة جنابة خفيفة وهو خلاف مقتضى الحكمة . بخلاف ما إذا كان بعد الوقوف فإن الجنابة لم تخف لعدم وجوب القضاء . فإيجاب البدنة في مقابلتها على مقتضى الحكمة ، وإلى هذا أشار المصنف رحمه الله بقوله : ولأن القضاء لما وجب الخ (وعن أبى حنيفة رحمه الله أن الجماع في غير القبل منهما) أى من السيلين . وقيل من الرجل والمرأة (لا يفسده لتقاصر معنى الوطء) ولهذا لم يوجب الحد ولا يجب المهر بالإجماع . وفي رواية : يفسده لأنه كامل من حيث إنه ارتفاق . وعندهما يفسده لأنه يوجب الحد . وقوله (وليس عليه أن يفارق امرأته) الأصل فيه أن الصحابة رضى الله عنهم قالوا : إذا رجعا للقضاء يفترقان ،

(قوله فإن قيل المطلق ينصرف إلى الكامل) أقول : وفي فتح العدير : الراسب أنصرف المطلق إلى الكامل في المسألة لا إلى الأكل ، ومأية الهدى كاملة في الشاة ، بخلاف السمك بالنسبة إلى لفظ اللحم فإن مأية اللحم ناقصة فيه على ما ستعرف (قوله لأن الجماع قبل الوقوف الخ) أقول : فعل هذا يكون الوجه الثاني من تنمة الأول وينتفى استقلال كل منهما .

عندنا خلافا لما لك رحمه الله إذا خرجا من بينهما . ولزفر رحمه الله إذا أحرم . وللشافعي رحمه الله : إذا انتهى إلى المكان الذي جامعها فيه . لهم أنها يتذاكران ذلك فيقعان في الواقعة فيفترقان . ولنا أن الجامع بينهما وهو التكاثر قائم فلا معنى للافتراق قبل الإحرام لإباحة الوقاع ولا بعده لأنها يتذاكران مالحقهما من المشقة الشديدة بسبب لذة يسيرة فيزدادان ندما وتحزرا فلا معنى للافتراق (ومن جامع بعد الوقوف بعرفة لم يفسد حججه وعليه بدنة) خلافا للشافعي فيما إذا جامع قبل الرمي لقوله صلى الله عليه وسلم « من وقف بعرفة فقد تم حجه »

ما خرجنا إطلاق لفظ الهدى وهو يصدق بالتناول على الشاة كان في البدنة أكل ، والواجب اتصرف المطلق إلى الكامل في الماهية لا إلى الأكل ، و ماهية الهدى كاملة فيها ، بخلاف السمك بالنسبة إلى لفظ اللحم فإن ماهية اللحم ناقصة فيه على ما استعرف إن شاء الله تعالى ، ثم بين المقامين فرق ، وهو وجوب القضاء فإنه لا يجب إلا ليقوم مقام الأول وهو معنى استدراك المصلحة ، فبعد قيامه مقامه لم يبق إلا جزء تعجيل الإحلال ، ويكفي فيه الشاة كالمحصر ، بل أولى لأن الإحلال لم يتم بالجماع ولهذا يمضى فيه ، ولا يحل إلا مع الناس غير أنه أخر المعتد به إلى قابل ثم لا تجب عمرة لعزم فوات حجه بخلاف المحصر (قوله فلا معنى للافتراق) وهذا لأن الافتراق ليس بنسك في الأداء فكذا في القضاء ، فلم يكن أمر من روى عنه من الصحابة الأمر بالافتراق أمر بإيجاب بل أمر ندب مخافة الوقوع لظهور أنه لا يصبر أحدهما عن الآخر لما ظهر منهما في الإحرام الأول فكان كالشاب في حق القبلة في الصوم لا لأنها يتذاكران فيقعان لأنه معارض بأنهما يتذاكران فلا يقعان لتذكرهما ما حصل لهما من المشقة للذة يسيرة ، ونحن نقول باستحباب الافتراق لذلك (قوله ومن جامع بعد الوقوف بعرفة) يعني قبل الحلق لأنه سيذكر أن الجماع بعد الحلق فيه شاة . هذا والعبد إذا جامع مضى فيه وعليه هدى وحجة إذا أعتق سوى حجة الإسلام ، وكل ما يجب فيه المال يؤخذ به بعد عتقه ، بخلاف ما فيه الصوم فإنه يؤخذ به للحال ، ولا يجوز إطعام المولى عنه إلا في الإحصار ، فإن المولى يبعث عنه ليحل هو فإذا أعتق فعليه حجة وعمرة (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام « من وقف بعرفة فقد تم حجه ») تقدم هذا الحديث . وتقدم أنه عليه الصلاة والسلام غلق

معناه يأخذ كل واحد منهما في طريق غير طريق صاحبه . فالك رحمه الله أخذ بظاهر هذا اللفظ فقال : كما خرجا من بينهما فعليهما أن يفترقا . وقال زفر رحمه الله : يفترقان من وقت الإحرام لأن الافتراق نسك بقول الصحابة رضي الله عنهم ، ووقت أداء النسك بعد الإحرام ، وهذا المعنى ليس بشيء لأن القضاء يحكي الأداء ، فما لم يكن نسكا في الأداء لا يكون نسكا في القضاء ، وقال الشافعي رحمه الله : إذا قربا من المكان الذي جامعها فيه يفترقان لأنها لا يأمنان إذا وصلا إلى ذلك الموضع أن تهيج بهما الشهوة فيواقعها . والمصنف رحمه الله ذكر دليلنا على وجه هو دافع لأقوالهم وهو واضح ، ونقول : مراد الصحابة رضي الله عنهم أنها يفترقان على سبيل التلب إن خافا على أنفسهما الفتنة . كما يتدب للشاب الامتناع عن التقبيل في حالة الصوم إذا كان لا يأمن على نفسه ما سواه (ومن جامع بعد الوقوف بعرفة لم يفسد حججه وعليه بدنة خلافا للشافعي رحمه الله فيما إذا جامع قبل رمي جمره العقبة) فإن حججه يفسد لأن إحرامه قبل الرمي مطلق ، أي كامل حيث لا يحل له شيء مما هو حرام على المحرم ، والجماع في الإحرام المطلق مفسد للحج كما إذا كان قبل الوقوف ، بخلاف ما بعد الرمي فإنه قد جاء أو ان التحلل وحل له الحلق الذي كان حراما على المحرم . وقوله (لقوله عليه الصلاة والسلام) دليلنا . ووجه ذلك أنه صلى الله عليه وسلم قال « من وقف بعرفة فقد تم حجه » وليس المراد به التمام من حيث أداء الأفعال بالاتفاق لبقاء

ولأنما نجب البدنة لقول ابن عباس رضى الله عنهما أولأنه أعلى أنواع الارتفاق فيتغلظ مرجبه (وإن جامع بعد الحلقي فعليه شاة) لبقاء إحرامه في حق النساء دون لبس المحيط وما أشبهه فخقت الجنابة فاكتفى بالشاة (ومن جامع في العمرة قبل أن يطوف أربعة أشواط فسدت عمرته فيمضى فيها ويقضيها وعليه شاة . وإذا جامع بعد ما طاف أربعة أشواط أو أكثر فعليه شاة ولا تفسد عمرته)

التمام بالوقوف بعرفة والمزدلفة على ما أسلفناه ، ثم لا شك أن ليس التمام باعتبار عدم بقاء شيء عليه فهو باعتبار أمن الفساد والقوات . ولأنما أوجبنا البدنة بما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما « أنه سئل عن رجل وقع بأهله وهو بمنى قبل أن يفيض فأمره أن ينحر بدنة » . رواه مالك في الموطأ عن أبي الزبير المكي عن عطاء بن أبي رباح عنه . وأسنده ابن أبي شيبة عن عطاء أيضا قال : سئل ابن عباس رضى الله عنهما عن رجل قضى المناسك كلها غير أنه لم يزر البيت حتى وقع على امرأته ، قال : عليه بدنة . ولأنه لا قضاء هنا ليخف أثر الجنابة يجبر القضاء بخلاف ما قبل الوقوف ؛ وهو أرجح مما عن ابن عمر بما أخرجه ابن أبي شيبة عنه : جاء رجل إليه فقال : يا أبا عبد الرحمن إني رجل جاهل بالسنة بعيد الشقة قليل ذات اليد ، قضيت المناسك كلها غير أنني لم أزر البيت حتى وقعت على امرأتي ، فقال : عليك بدنة وحج من قابل فإنه متروك بعضه ، وقال عليه الصلاة والسلام « من وقف بعرفة فقد تم حجه » بخلاف قول ابن عباس هذا . ولو جامع مرة ثانية فعلى كل واحد شاة مع البدنة لأنه وقع في حرمة مهتوك فصادف إحراما ناقصا فيجب الدم . ولو جامع القارن بعد الوقوف لزمه بدنة لحجته وشاة لعمرته (قوله وإن جامع بعد الحلقي فعليه شاة) ما لم يكن جامع بعد ما طاف أربعة أشواط من طواف الزيارة فلا شيء عليه ،

بعض الأركان ، فكان المراد به التمام من حيث إنه يأمن من الفساد بعده لتأكد حجه بالوقوف ، ألا ترى أنه يأمن القوات بعد الوقوف ، فكما يثبت حكم التأكد في الأمن عن القوات كذلك يثبت في الأمن عن الفساد . فإن قيل : لو كان كذلك لما وجبت البدنة لأن الشيء بعد تمامه لا يقبل الجنابة فلا يقتضى جزاء . أجب بقوله (ولأنما نجب البدنة لقول ابن عباس رضى الله عنهما) وهو ما روى عنه أنه قال : إذا جامع قبل الوقوف بعرفة فسد نسكه وعليه دم ، وإذا جامع بعد الوقوف فحجته تامة وعليه بدنة . وروى أنه قال : لا نجب البدنة في الحج إلا في موضعين : من جامع بعد الوقوف بعرفة ، ومن طاف طواف الزيارة جنباً أو لم يعرف له مخالف فحل محل الإجماع . وقيل : مثله لا مدخل للرأى فيه فكان مسموعاً . وقوله (أو لأنه) قيل إنما ذكر بكلمة أو لكون أثر ابن عباس رضى الله عنهما غير مشهور فأتى بها ليكون متمسكاً بأحدهما ، وفيه نظر لأن المطلوب إثبات الوجوب وهو يثبت بخبر الواحد لا يتوقف على الأشهر ، ولعله أتى بأحد الحائزين فلا يسأل عن كميته . وتقديره أن الجماع أعلى الارتفاقات لو فور لذته وكل ما كان كذلك يتغلظ موجب لوجوب التطابق بين الموجب والموجب بمقتضى الحكمة . قوله (وإن جامع بعد الحلقي فعليه شاة) ظاهر . وقوله (ومن جامع في العمرة) بيان الجنابة على إحرام العمرة وهو واضح ، لكن يتوهم منه تفضيل طواف العمرة على طواف الزيارة فإنه إذا جامع بعد ما طاف لطواف الزيارة

(قوله قيل إنما ذكر بكلمة أو لكون أثر ابن عباس رضى الله عنهما غير مشهور الخ) أقول : فيه أن الكلمة جواز اتصاله بأثره مستطاعاً لا يمتنع (قوله وهو يثبت بخبر الواحد لا يتوقف على الأشهر) أقول : وهذا مبنى على الوجه الثاني من وجهي الاستدلال بآثره . وأما على الوجه الأول فلا حاجة إليه ، فإنه إذا حل محل الإجماع يكون من قبيل المشهر

وقال الشافعي : تفسد في الوجهين وعليه بدنة اعجابا بالحج إذ هي فرض عنده كالحج . ولنا أنها سنة فكانت أحط رتبة منه فتجب الشاة فيها والبدنة في الحج إظهارا للتفاوت (ومن جامع ناسيا كأن كمن جامع متعمدا) وقال الشافعي رحمه الله : جماع الناسي غير مفسد للحج . وكذا الخلاف في جماع النائمة والمكرهة . هو يقول :

ولو كان لم يخلق حتى طاف للزيارة . أربعة أشواط ثم جامع كان عليه الدم . وذكر في الغاية معزيا إلى المبسوط والبدائع والإسبيجابي : لو جامع القارن أول مرة بعد الخلق قبل طواف الزيارة فعليه بدنة للحج وشاة للعمرة . لأن القارن يتحلل من إحرامين بالخلق إلا في حق النساء فهو محرم بهما في حقهن ، وهذا مخالف لما ذكره في الكتاب وشروح القدوري ، فإنهم يوجبون على الحاج شاة بعد الخلق . وذكر فيها أيضا معزيا إلى الوبري في هذه المسألة إنما عليه بدنة للحج ولا شيء للعمرة لأنه خرج من إحرامها بالخلق وبقي في إحرام الحج في حق النساء ، واستشككه شارح الكنز لأنه إذا بقي محرما بالحج فكذا في العمرة . والذي يظهر أن الصواب ما في الوبري لأن إحرام العمرة لم يعمد بحيث يتحلل منه بالخلق في غير النساء ويبقى في حقهن ، بل إذا خلق بعد أفعالها حل بالنسبة إلى كل ما حرم عليه ، وإنما عهد ذلك في إحرام الحج ، فإذا ضم إلى إحرام الحج إحرام العمرة استمر كل على ما عهد له في الشرع ، إذ لا يزيد القرآن على ذلك الضم فينطوي بالخلق إحرام العمرة بالكلمة فلا يكون له موجب بسبب الوطء بل الحج فقط . ثم يجب النظر في الترجيح بين قول من قال بوجوب الشاة أو البدنة ، وقول موجب البدنة أوجه لأن إيجابها ليلس إلا بقول ابن عباس ، والمروى عنه ظاهر فيما بعد الخلق فارجع إليه وتأمله ، ثم المعنى يساعده ، وذلك أن وجوبها قبل الخلق ليس إلا للجناية على الإحرام ، ومعلوم أن الوطء ليس جنائية عليه إلا باعتبار تحريمه له لا باعتبار تحريمه لغيره ، فليس الطيب جنائية على الإحرام باعتبار تحريمه الجماع أو الخلق بل باعتبار تحريمه للطيب ، وكذا كل جنائية على الإحرام ليست جنائية عليه إلا باعتبار تحريمه لها لا لغيرها ، فيجب أن يستوى ما قبل الخلق وما بعده في حق الوطء لأن الذي به كان جنائية قبله بعينه ثابت بعده ، والزائل لم يكن الوطء جنائية باعتباره ، لاجرم أن المذكور في ظاهر الرواية إطلاق لزوم البدنة بعد الوقوف من غير تفصيل بين كونه قبل الخلق أو بعده

أربعة أشواط لم يجب عليه شيء ، فإن فعل ذلك في طواف العمرة فعليه شاة كما ذكر في الكتاب ، وأجيب بأن ذلك ليس من حيث التفضيل بل من حيث محل الجنائية ، وذلك لأن طواف الزيارة على الوجه المسنون في الترتيب إنما يؤتى به بعد التحلل بالخلق أو التقصير . غاية ما في الباب أن حكمه تأخر في حق النساء لمعنى وهو وقوع الركن في الإحرام مقام أكثر أشواطه مقام كله ، بخلاف العمرة فإن طوافها قبل التحلل ، فكان ارتكاب المخطور في محض الإحرام فيجب الدم ولهذا قلنا « إن لم يخلق قبل طواف الزيارة وجامع بعده ما طاف لها أربعة أشواط وجب عليه الدم كما في طواف العمرة لذلك . وقوله (وقال الشافعي رحمه الله : تفسد في الوجهين) أي فيما إذا جامع قبل أن يطوف أربعة أشواط وبعده لأنهما سيان في إفساد الحج عنده فكذلك في العمرة لأنها عنده قريضة كالحج . وقوله (وقال الشافعي : جماع الناسي غير مفسد للحج) لو قال للإحرام كان أشمل ليتناول العمرة ، جعل النسيان غير مؤثر في فسادهما كما في الصوم ، وجعل الإكراه والنوم كالنسيان بناء على أن الإكراه لما أباح الإقدام وأعدم أصل الفعل

(قوله وجعل الإكراه والنوم كالنسيان الخ) أقول : كان المناسب لمساك كلامه أن يبين وجه إلحاق الإكراه بالنسيان ولم يفعل .

- ٤٩ -

الخطر ينعدم بهذه العوارض فلم يقع الفعل جناية . ولنا أن الفساد باعتبار معنى الارتفاق والإحرام ارتفاقا مخصوصا ، وهذا لا ينعدم بهذه العوارض : والحج ليس في معنى الصوم لأن حالات الإحرام مذكرة بمنزلة حالات الصلاة بخلاف الصوم ، والله أعلم .

(فصل)

(ومن طاف طواف القدوم محدثا فعليه صدقة) وقال الشافعي رحمه الله :

ثم ذكر فيها أيضا فقال : وإذا طاف أربعة أشواط من طواف الزيارة وقد قصر ثم جامع فليس عليه شيء ، وإن لم يكن قصر فعليه دم . فمن هنا والله أعلم أخذ التفصيل من أخذه إن كان إذ خف الموجب بعد وجود أحدهما بعد الوقوف . ولقائل أن يستشكله بأن الطواف قبل الحلق لم يخل به من شيء فكان ينبغي أن يجب الجزور . وإن كان سؤال ابن عباس وفتواه به إنما كان فيمن لم يطف للعلم بأن فتواه بذلك لوقوع الجناية على إحرام أمن فساده . ولو كان قارنا : أعني الذي طاف للزيارة قبل الحلق ثم جامع قال في البدائع : عليه شاتان لبقاء الإحرام لهما جميعا . وروى ابن سماعة عن محمد في الرقيات فيمن طاف للزيارة جنباً ثم جامع قبل الإعادة . قال محمد : أما في القياس فليس عليه شيء . ولكن بأحقيقة استحسناً فيما إذا طاف جنباً ثم جامع ثم أعاد طاهراً أن يوجب عليه دماً ، وكذلك قول أبي يوسف رحمه الله . وجه القياس أن الجماع وقع بعد التحلل لما عرف من أن الطهارة ليست بشرط لصحة الطواف . وجه الاستحسان أن بالإعادة طاهراً ينسخ الطواف الأول عند بعض مشايخ العراق ، ويصير طوافه المعتبر هو الثاني لأن الجنبات توجب تقصاً فاحشاً فيمتين أن الجماع كان قبل الطواف فيوجب الكفارة ، بخلاف ما إذا طاف على غير وضوء : يعني ثم جامع ثم أعاده متوضئاً لا شيء عليه لأن التقصان يسير فلم ينسخ الأول فيقع جماعه بعد التحلل : كذا في البدائع وفيه تأمل ، فإن الانفساخ إن قال به بعض المشايخ فقد قال آخرون بعدمه وصحح فلم يلزم ، وعلى تقديره فوقوعه شرعاً قبل التحلل إنما موجه البدنة لا مطلق الدم ، اللهم إلا أن يقال : إنه قبله من وجه دون وجه ، وسنوجه عدم الانفساخ إن شاء الله تعالى .

(فصل)

(قوله ومن طاف طواف القدوم محدثاً فعليه صدقة) موافق لما في عامة النسخ وصرح به عن محمد ، ومخالف

مع كونه قاصداً كان التزم أولى لانتفاء القصد ، وإذا انعدم الفعل لم يكن جناية (ولنا أن الفساد باعتبار معنى الارتفاق في الإحرام ارتفاقاً مخصوصاً) وهو أن يكون بعين الجماع لموله تعالى - فلا رفت - الآية ، والرفث اسم للجماع (وهو لا ينعدم بهذه العوارض والحج ليس في معنى الصوم) لوجود المذكر وهو حالة الإحرام (بخلاف الصوم) فإنه لا مذكر له .

(فصل)

لما فرغ من بيان الجناية على الإحرام ذكر الجناية على الطواف الذي هو بعد الإحرام في فصل على حدة قوله (ومن طاف طواف القدوم محدثاً) طواف القدوم محدثاً معتد به عندنا وعليه صدقة (وقال الشافعي رحمه الله :

(فصل) ومن طاف

(٧ - فتح القدير حن - ٣)

لا يعتد به لقوله صلى الله عليه وسلم « الطواف بالبيت صلاة » إلا أن الله تعالى أباح فيه المنطق فتكون الطهارة من شرطه . ولنا قوله تعالى - وليطوفوا بالبيت العتيق - من غير قيد الطهارة فلم تكن فرضاً . ثم قيل : هي سنة ، والأصح أنها واجبة لأنه يجب بتركها الجابر ، ولأن الخبر يوجب العمل فيثبت به الوجوب ، فإذا شرع في هذا الطواف وهو سنة ، يصير واجبا بالشروع ويدخله نقص بترك الطهارة فيجبر بالصدقة إظهاراً لدنو رتبته عن الواجب بإيجاب الله وهو طواف الزيارة ، وكذا الحكم في كل طواف هو تطوع

لما في مبسوط شيخ الإسلام قال : ليس لطواف التحية محدثاً ولا جنباً شيء ، لأنه لو تركه لم يكن عليه شيء فكذا تركه من وجه . والوجهان اللذان أبطل بهما المصنف كون الطهارة سنة : أعني قوله لأنه يجب بتركها الجابر ، ولأن الخبر يوجب العمل كافلان بإبطاله . ولما استشعر أن يقال على الأول لزوم الجابر مطلقاً ممنوع وهو أول المسألة فإننا نفيه في غير الطواف الواجب دفعه بتقرير أن كل ترك لا يخلو من كونه في واجب ، فإن التطوع إذا شرع فيه صار واجبا بالشروع ثم يدخله النقص بترك الطهارة فيه . غاية الأمر أن وجوبه ليس بإيجابه تعالى ابتداء فأظهرنا التفاوت في الخط من الدم إلى الصدقة فيما إذا طاف محدثاً ومن البدنة إلى الشاة إذا طاف جنباً (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام « الطواف بالبيت صلاة ») روى الترمذى عن ابن عباس رضى الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « الطواف بالبيت صلاة إلا أنكم تتكلمون فيه ، فمن تكلم لا يتكلم إلا بخير » . وجه الاستدلال أنه تشبيه في الحكم بدليل الاستثناء من الحكم في قوله إلا أنكم تتكلمون فيه فمن تكلم ، فكأنه قال هو مثل الصلاة في حكمها إلا في جواز الكلام فيصير ماسوى الكلام داخل في الصدر ومنه اشتراط الطهارة . واستدل ابن الجوزى

لا يعتد به (ولا يجبر بشيء) لقوله صلى الله عليه وسلم « الطواف بالبيت صلاة » ووجه الاستدلال أنه صلى الله عليه وسلم شبه الطواف بالصلاة وليس بين ذاتيهما من مشابهة لأن ذات الطواف وهو الدوران مما ينتفى به ذات الصلاة ، فيكون المراد أن حكمه حكم الصلاة ومن حكمها عدم الاعتداد بدون الطهارة (ولنا قوله تعالى - وليطوفوا بالبيت العتيق -) ووجه الاستدلال أن الله تعالى أمر بالطواف وهو الدوران حول الكعبة من غير قيد الطهارة فلم يكن فرضاً بالآية ، ولا تجوز الزيادة عليه بخبر الواحد لأنها نسخ (ثم قيل هي سنة) وهو قول ابن شجاع (والأصح أنها واجبة) وهو قول أبي بكر الرازى (لأنه يجب بتركها الجابر) وهو إما الدم على ما قال به بعض مشايخ العراق أو الصدقة كما ذكره في الكتاب وهو مروي عن محمد ، وكل ما كان يجب بتركه جابر فهو واجب (ولأن الخبر يوجب العمل) دون العلم (فيثبت به الوجوب) دون الفرضية . قال (فإذا شرع في هذا الطواف) دليل على وجوب الصلاة على تقدير كونها سنة ، وذلك لأن الشروع في النفل ملزم في الحج بالاتفاق فيصير الطواف واجبا (ويدخله نقص بترك الطهارة فيجبر بالصدقة إظهاراً لدنو رتبته عن الواجب بإيجاب الله تعالى وهو طواف الزيارة) وفيه بحث من وجهين : أحدهما أن دخول النقص بتركها على تقدير كونها سنة من حيز النزاع فلا يؤخذ في الدليل

(قال المصنف : ولنا قوله تعالى - وليطوفوا بالبيت العتيق -) أقول : المأمور به في الآية هو طواف الزيارة على ما سبق لا ما يعم طواف القدوم فما وجه دلالة على عدم اشتراط الطهارة في طواف القدوم ؟ والجواب أنه يعلم منه ذلك بطريق الدلالة والأولية فليتأمل (قوله قال فإذا شرع في هذا الطواف دليل ، لئلا قوله : وفيه بحث من وجهين) أقول : فيه بحث ، بل ما ذكره جواب ما عصى يورد ههنا من أن طواف القدوم سنة لو ترك لا يلزم شيء ، فأولى أن لا يلزم بترك الطهارة فيه ، وظهر بما ذكرنا أنه لا وجه لما قاله الشارح على تقدير كونها سنة إذ ليس بناء الكلام على مسنونة الطهارة بل على مسنونة الطواف ، ويندفع ببحث الأول فتأمل فإنه كلام واه نشأ عن سهو مثناه .

بما في الصحيحين عن عائشة رضى الله عنها « أنها حاضت فقال لها عليه الصلاة والسلام : اقضى ما يقضى الحاج غير أن لا تطوفى بالبيت » فرتب منع الطواف على انتفاء الطهارة . وهذا حكم وسبب . وظاهر أن الحكم يتعلق بالسبب فيكون المنع لعدم الطهارة لا لعدم دخول المسجد للجائض . ولنا في الجواب عن الأول طريقتان : أحدهما ينتظم الجواب عن هذا . وهو تسليم أنه تشبيه في الحكم لكنه خبر واحد لو لم يازم نسخه لإطلاق كتاب الله تعالى لثبت به الوجوب لا الإقراض لاستلزامه الإكفار بمجرد مقتضاه . وليس ذلك لازم مقتضاه بل لازمه التمسق به . فكيف ولو ثبت به إقراض الطهارة كان ناسخا له . إذ قوله تعالى - وليطوفوا - يقتضى الخروج عن عهده بالضرورة أن حول البيت مع الطهارة وعدمها . فجعله لا يخرج مع عدمها نسخ لإطلاقه وهو لا يجوز فرتبنا عليه موجه من إثبات وجوب الطهارة حتى أثمنا بتركها وألزمنا الجابر . وليس مقتضى خبر الواحد غير هذا لا الاشتراط المقضى إلى نسخ إطلاق كتاب الله تعالى . ويؤيد انتفاء الاشتراط ما ذكره الشيخ تقي الدين في الإمام . روى سعيد ابن منصور : حدثنا أبو عوانة عن أبي بشر عن عطاء قال : حاضت امرأة وهي تطوف مع عائشة أم المؤمنين فأتمت بها عائشة سنة طوافها . وقال روى أحمد بن حنبل : حدثنا محمد بن جعفر عن شعبة قال : سألت حمادا ومنصورا عن الرجل يطوف بالبيت على غير طهارة فلم يروا به بأسا . وقد انتظم ما ذكرناه الجواب عما أورده ابن الجوزى . ثانيهما منع ذلك التقرير ، ونقول : بل التشبيه في الثواب لا في الأحكام . وقوله إلا أنكم تتكلمون فيه كلام منقطع مستأنف بيان لإباحة الكلام فيه وجب المصير إلى هذا ، لأنه لو كان كما قالوا لكان المشي ممتعا لدخوله في الصلوة ، وكأن الشيخ رحمه الله استشعر فيه منعا وهو أن يقال : المشي قد علم إخراجاه قبل التشبيه فإن الطواف نفس المشي ، فحيث قال صلاة فقد قال المشي الخاص كالصلاة فيكون وجه التشبيه ماسوى المشي فلذا اقتصر على الأول لكن يبقى الانحراف مؤيدا للوجه الثاني . فإن قيل : الأصح هو الأول لأن الوجوب ثابت عندنا ولا بد له من دليل ، وحمله على الوجه الثاني ينفيه ، وما أورده ابن الجوزى ظاهر فيه ، والحديث المذكور يحتمله على الوجه الأول فوجب المصير إليه . ويخص الانحراف أيضا بإجماع المسلمين وباتفاق رواة مناسكه عليه الصلاة والسلام أنه جعل البيت عن يساره حين طاف ، ولا يعتبره وجب ستر العورة في الطواف ، فلو طاف مكشوف العورة لزم الدم إن لم يعدله . فالجواب لو كان الأول هو المعتبر لكان مقتضاه وجوب طهارة الثوب والبدن فيه لكنهم صرحوا بعدم وجوبها . وفي البدائع أنها ليست بشرط بالإجماع . فلا يفترض تحصيلها ولا يجب لكنه سنة . حتى لو طاف وعلى ثوبه نجاسة أكثر من قدر الدرهم لا يلزمه شيء لكنه يكرهه . فيحمل الحديث على أن التشبيه في الثواب ، ويضاف إيجاب الطهارة عن الحدث إلى ما أورده ابن الجوزى ، وإيجاب ستر العورة إلى قوله عليه

والثاني أنه منقوض بالصلاة النافلة ، فإنه إذا دخلها نقص تنجبر بسجدة السهو كما ينجر الفرض بها ولم يظهر دون رتبة النفل عن رتبة الفرض فيها فليكن ههنا أيضا كذلك . والجواب عن الأول أن ترك السنة يوجب نقصا وينجر بالكهارة . ألا ترى أن من أفاض من عرفات قبل الإمام وجب عليه دم . قال محمد رحمه الله لأنه ترك ستة الدفع . وعن الثاني بأن الشرع جعل الجابر في الصلاة نوعا واحدا فلا مصير إلى غيره وفي الحج جعله متنوعا فأمكن المصير إلى ماتين به رتبة النفل عن الفرض ، وهذا كله على رواية القدوري اختارها المصنف ، وأما على ما ذكره الطحاوى وشيخ الإسلام أنه إذا طاف طواف التحية مجددا فلا شيء عليه لأنه لو تركه أصلا لم يجنب عليه

(ولو طاف طواف الزيارة محدثا فعليه شاة) لأنه أدخل النقص في الركن فكان أفحش من الأول فيجبر بالدم (وإن كان جنبا فعليه بدنة) كذا روى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما ، ولأن الجنابة أغلظ من الحدث فيجب جبر نقصانها بالبدنة إظهارا للتفاوت ، وكذا إذا طاف أكثره جنبا أو محدثا ، لأن أكثر الشيء له حكم كله (والأفضل أن يعيد الطواف مادام بمكة ولا ذبح عليه) وفي بعض النسخ : وعليه أن يعيد .

الصلاة والسلام « ألا لا يحجن بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان » قال محمد رحمه الله : ومن طاف تطوعا على شيء من هذه الوجوه فأحب إلينا إن كان بمكة أن يعيد الطواف ، وإن كان قد رجع إلى أهله فعليه صدقة سوى الذئ طاف وعلى ثوبه نجاسة . هذا وما ذكر في بعض النسخ من أن في نجاسة البدن كله الدم لا أصل له في الرواية . والله أعلم . وقد يقال : فلم لم تلحق الطهارة عن النجس بالطهارة عن الحدث وهو الأصل المنصوص عليه قياسا أو بستر العورة ، وليس هذا قياسا في إثبات شرط بل في إثبات الوجوب . وقد يجاب بحاصل ما في المبسوط من أن حكم النجاسة في الثوب أخف حتى جازت الصلاة مع قليل النجاسة في الثوب ومع كثرتها حالة الضرورة فلا يتمكن بنجاسة الثوب نقصان في الطواف وهذا يخص الفرق بطهارة الحدث دون الستر ، ثم أفاد فرقا بين الستر وبينه بأن وجوب الستر لأجل الطواف أخذنا من قوله عليه الصلاة والسلام « ألا لا يحجن بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان » فبسبب الكشف يتمكن نقصان في الطواف واشتراط طهارة الثوب ليس للطواف على الخصوص فلا يتمكن بتركه نقصان فيه ، ولم يبين اللجنة المشاركة للطواف في سببية المنع . وأفادها في البدائع فقال : المنع من الطواف مع الثوب النجس ليس لأجل الطواف بل لصيانة المسجد عن إدخاله النجاسة وصيانته عن التلويث فلا يوجب ذلك نقصا في الطواف فلا حاجة إلى الجبر إلا أنه في سببية الطواف بالكيفية . وقوله المنع من الطواف مع الثوب النجس إما أن يكون معناه أنه لو كان منع لكان لصيانة المسجد ، أو أن المنع ثابت مع النجاسة ولذا تثبت الكراهة به إلا أنه لا يبلغ إلى الوجوب فلا ينتهز موجبا للجبر ، والله سبحانه أعلم . ولم يكن في ظاهر الرواية تنصيص سوى على الثوب . والتعليل يقيد تعميم البدن أيضا (قوله فكان أفحش) فإن قيل : لم يختلف الجابر في الفرض والنفل في الطواف دون الصلاة ؟ فالجواب أن الأصل أن يختلف الجابر باختلاف الجنابة اعتبارا للمسبب على وزان سببه فلا يترك إلا لتعذر الشرعي . وقد أمكن في الحج لشرع الجابر فيه متنوعا إلى بدنة وشاة وصدقة فاعتبر تفاوت الجابر بتفاوت الجنابة وتعذر في الصلاة إذ لم يشرع الجابر للنقص الواقع

شيء فكان إذا أتى به محدثا فلا يحتاج إلى شيء من هذه التكاليف (ولو طاف طواف الزيارة محدثا فعليه شاة لأنه أدخل النقص في الركن) وإدخال النقص في الركن أفحش من إدخاله على الواجب (وإن كان جنبا فعليه بدنة) وكلامه ظاهر . وقوله (لأن أكثر الشيء له حكم الكل) يعترض عليه بالمقدرات الشرعية كالصوم والصلاة ونحوهما فإن الأكثر فيها لا يقوم مقام الكل وقد قدمنا الجواب عنه ، ونزيد ههنا بيانا وهو أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من وقف بعرفة فقد تم حجه » وليس ذلك إلا بإقامة الأكثر مقام الكل ، فإن الحج له فروض ثلاثة شوط وركنان ، وعند ما وقف فقد حصل منها اثنان وهو الشرط : أعني الإحرام وأحد الركنين وليس في المقدرات الشرعية مثله فلم يكن كذلك . وقوله (والأفضل أن يعيد الطواف مادام بمكة) وجه ذلك أن فيه تحصيل الجبران بما هو من جنسه فكان أفضل . وقوله (وفي بعض النسخ) يريد به نسخ المبسوط . وقوله (ثم إذا أعاده) يعني طواف الزيارة . وقوله (وإن أعاده بعد أيام النحر) إن هذه للوصول . وقوله (لا ذبح عليه) بناء على أنه الطواف

والأصح أنه يؤمر بالإعادة في الحدث استحباباً وفي اجتنابه إيجاباً لمحتسب النقصان بسبب الجناية وقصوره بسبب الحدث . ثم إذا أعاده وقد طافه محدثاً لا ذبح عليه وإن أعاده بعد أيام النحر لأن بعد الإعادة لا يبقى إلا شبهة نقصان ، وإن أعاده وقد طافه جنباً في أيام النحر فلا شيء عليه لأنه أعاده في وقته ، وإن أعاده بعد أيام النحر لزمه الدم عند أبي حنيفة رحمه الله بالتأخير على ما عرف من مذهبه . ولورجع إلى أهله وقد طافه جنباً عليه أن يعود لأن النقص كثير فيؤمر بالعود استدراكاً له

سهواً إلا السجود (قوله والأصح أنه يؤمر بالإعادة في الحدث استحباباً) وإنما لم يؤمر مطلقاً كما هو تلك الرواية مع أن الطهارة في الطواف مطلقاً واجبة لأنه لم يتعين الطواف جابراً . فإن الدم والصدقة مما يجبر بهما فالواجب أحدهما غير عين واستحباب المعين : أعني الطواف ليكون الجابر من جنس الخجود . بخلاف ما إذا رجع إلى أهله ولم يطف فإن البعث بالشاة أفضل لأن النقصان كان يسيراً وفي الشاة تقع للفتراء (قوله لا ذبح عليه وإن أعاده بعد أيام النحر) إن هذه وصليّة . وعدم وجوب الشيء إذا أعاده بعد أيام النحر دليل أن العبرة للأول في الحدث وإلا لوجب عند أبي حنيفة رحمه الله دم للتأخير عن أيام النحر . وقوله في فصل الجناية (١) وإن أعاده بعد أيام النحر لزمه الدم عند أبي حنيفة بالتأخير أخذ منه الرازي أن العبرة في فصل الجناية للطواف الثاني وينسخ الأول به . وذهب الكرخي إلى أن المعتبر الأول في الفصلين (٢) جميعاً ، ومحمده صاحب الإيضاح إذ لا شك في وقوع الأول معتداً به حتى حل به النساء . وتقرير ما علم شرعاً باعتداده حال وجوده أولى . واستدل الكرخي بما في الأصل : لو طاف للعمرة جنباً أو محدثاً في رمضان وحج من عامه لم يكن متمتعاً إن أعاده في شوال أو لم يعده ، واعتد عنه السرخسي في المبسوط بأنه إنما لم يكن متمتعاً لوقوع الأمن له عن فساد العمرة . فإذا أمن فسادها قبل دخول وقت الحج

الأول وإن كان بغير طهارة معتد به . وإلا لزم الدم على قول أبي حنيفة بالتأخير . فإذا كان معتداً به بنقصان وقد أعاده لم يبق إلا شبهة النقصان وهي نقصان الطواف بالحدث وهي لا توجب شيئاً . وقوله : وإن أعاده وقد طاف جنباً ظاهر . وقوله (وإن أعاده بعد أيام النحر لزمه الدم) أي الشاة لأن البدنة سقطت بالإعادة بالاتفاق . وإنما هذا دم يلزمه على قول أبي حنيفة لتأخير الطواف عن أيام النحر على ما عرف من مذهبه أن من أخر نسكاً عن وقته يجب عليه الدم ، وهذا الذي ذكره إنما هو على اختيار أبي بكر الرازي رحمه الله في أن المعتد به من الطوافين إذا طاف الأول جنباً إنما هو الثاني وأن الأول ينسخ بالثاني . إذ لو كان الأول لما لزمه دم التأخير لأن الأول مؤدى في وقته . بخلاف ما إذا طاف الأول محدثاً فإن المعتد به هو الأول لقلة النقصان فكان الثاني جابراً للنقصان المتمكن فيه . فإن قيل : فما تقول في معتمر طاف لعمرة في رمضان جنباً ثم أعاد طوافه في أشهر الحج وحج من عامه ذلك فإنه لا يكون متمتعاً . قاله محمد رحمه الله في الكتاب . ولو كان المعتد به هو الثاني لكان متمتعاً . أجيب بأن المعتمر لما طاف في رمضان وقع الأمن عن فساد العمرة ، وإذا أمن فسادها قبل وقت الحج لا يكون متمتعاً . فإن قيل : التحلل يحصل بالطواف الأول فيكون هو المعتد به . أجيب بأن الأول مراعى الحكم لتفاحش النقصان فيه . فإن أعاده انسخ الأول واعتد بالثاني وإلا كان هو المعتد به في التحلل . وقوله (ولو رجع إلى أهله) ظاهر

(١) (قوله الجناية) بالباء الموحدة لإبالياء المثناة التحتية كما لا يخفى .

(٢) (قوله في الفصلين) أي فصل الجناية وفصل الحدث ، كما بخط العلامة المحقق الشيخ البحر اوى حفظه الله ، كتبه مصيحه

ويعود بإحرام جديد . وإن لم يعد وبعث بدنة أجزأه لما بينا أنه جابر له ، إلا أن الأفضل هو العود . ولورجع إلى أهله وقد طافه محدثا إن عاد وطاف جاز ، وإن بعث بالشاة فهو أفضل لأنه خف معنى التقصان وفيه نفع للفقراء ولو لم يطف طواف الزيارة أصلا حتى رجع إلى أهله فعليه أن يعود بذلك الإحرام لانعدام التحلل منه وهو محرم عن النساء أبدا حتى يطوف (ومن طاف طواف الصدر محدثا فعليه صدقة) لأنه دون طواف الزيارة ، وإن كان واجبا فلا بد من إظهار التفاوت . وعن أبي حنيفة أنه يجب شاة ، إلا أن الأول أصح (ولو طاف جنبا فعليه شاة) لأنه نقص كثير ، ثم هو دون طواف الزيارة فيكتفى بالشاة (ومن ترك من طواف الزيارة ثلاثة أشواط فما دونها فعليه شاة)

لا يكون بها متمتعاً . قال : والطواف الأول كان حكمه مراعى لتفاحش التقصان : فإن أعاده انفسخ وصار المعتد به الثاني ، وإن لم يعد كان معتدا به في التحلل . كمن قام في صلاته ولم يقرأ حتى ركع كان قيامه وركوعه مراعى على سبيل التوقف ، فإن عاد فقرأ ثم ركع انفسخ الأول . حتى إن من أدرك معه الركوع الثاني مدرك للركعة . وإن لم يعد فقرأ في الركعتين الآخرين كان الأول معتدا به ، وهذا بخلاف المحدث لأن التقصان يسير فلا يتوقف به حكم الطواف بل بقي معتدا به على الإطلاق . والثاني جابر للتمكن فيه من التقصان . ولو طافت المرأة للزيارة حائضا فهو كطواف الجنب سواء اه . وقول الكرخي أولى : وجعل عدم التمتع في شاهده للأمن عن فساد العمرة قبل أشهر الحج ليس بأولى من جعل الدم لتأخير الجابر لجعله كنفس الطواف بسبب أن التقصان لما كان متفاحشا كان كتركه من وجه فيكون وجود جابره كوجوده . أو نقول : الواجب عليه فعل الطواف في أيامه خاليا عن النقص الفاحش الذي ينزل منزلة الترك لبعضه ، فليدخله يكون موجدا لبعضه ووجب عليه البعض الآخر أعني صفة الكمال ، وهو تكامل الصفة وهو الطواف الجابر فوجب في أيام الطواف ، فإذا أخره وجب دم كما إذا أخر أصل الطواف (قوله ويرجع بإحرام جديد) بناء على أنه حل في حق النساء بطواف الزيارة جنبا وهو آفاق يريد مكة فلا بد له من إحرام بحج أو عمرة ، وقيل : يعود بذلك الإحرام ، حكاه الفارسي ، ثم إذا عاد فأحرم بعمرة يبدأ بها ، فإذا فرغ منها يطوف للزيارة ويلزمه دم لتأخير طواف الزيارة عن وقته وقد تقدم . ولو طاف القارن طوافين وسعى سعيين محدثا عاد طواف العمرة قبل يوم النحر ولا شيء عليه للجبر بجنسه في وقته . فإن لم يعد حتى طلع فجر يوم النحر لزمه دم لطواف العمرة محدثا وقد فات وقت القضاء ، ويرمل في طواف الزيارة يوم النحر ويسعى بعده استحبابا ليحصل الرمل والسعي عقيب طواف كامل ، وإن لم يعد لأشياء عليه لأنه سعى عقيب طواف معتد به ، إذ الحدث الأصغر لا يمنع الاعتداد ، وفي الجنابة إن لم يعد فعليه دم للسعي وكذا الحائض (قوله ولو لم يطف طواف الزيارة أصلا الخ) وكذا إذا رجع إلى أهله وقد ترك منه أربعة أشواط يعود بذلك الإحرام وهو محرم أبدا في حق النساء ؛ وكلما جامع لزمه دم إذا تعددت المجالس إلا أن يقصد رفض الإحرام بالجماع الثاني وتقدم أو اقل الفصل من ذلك شيء (قوله ومن طاف طواف الصدر الخ) ذكر في حكمه روايتين .

وقوله (إلا أن الأفضل هو العود) لما ذكرنا من كون الجابر من جنس المجهور وهو الطواف . وقوله (ولو رجع إلى أهله) ظاهر

(قال المصنف : ومن طاف طواف الصدر محدثا فعليه صدقة ، إلى قوله : ولو طاف جنبا فعليه شاة) أقول : قال العلامة الزيلعي : فإن قيل : فبلى هذا سويت بين الواجب والنفل فإنكم أوجبتم في طواف القنوم ما أوجبتم في طواف الصدر . قلنا : طواف القنوم يجب بالشروع

لأن النقصان بترك الأقل يسير فأشبهه النقصان بسبب الحدث فتلزمه شاة . فلو رجع إلى أهله أجزأه أن لا يعود

وفيه رواية ثالثة هي رواية أبي حفص أنه يجب عليه الصدقة لأن طواف الجنب معتد به حتى يتحلل به إلا أنه ناقص ، والواجب بترك طواف الصدر الدم فلا يجب بالنقصان ما يجب بالترك . والجواب أن مناط وجوب الدم كمال الجنابة وهو متحقق في الطواف مع الجنابة فيجب به كما يجب بتركه . ولذا حققنا وجوب الدم بطواف القلوم جنبا ، ولا يلزم بتركه شيء أصلا لثبوت الجنابة في فعله جنبا وعدمها في تركه فالمدار الجنابة . فإن قلت : ذكر الشيخ في الفرق بين لزوم الدم في طواف الزيارة محدثا والصدقة في طواف القدوم محدثا . وإن كان فيه إدخال النقص في الواجب بالشروع أنه إظهار التفاوت بين ماوجب بإيجاب الله تعالى ابتداء وبين مايتعلق وجوبه بإيجاب العبد . وهذا الفرق ثابت بين طواف القدوم والصدقة فلم اتخذ حكمهما ؟ فالجواب منع قيام الفرق فإن وجوبه مضاف إلى الصدر الذي هو فعل العبد كوجوب طواف القدوم بنعله وهو الشروع . ولهذا لو اتخذ مكة دارا لم يجب لعدم فعل الصدر . وفي المحيط لو طاف لعمرة جنبا أو محدثا فعليه شاة . ولو ترك من طواف العمرة شوطا فعليه دم لأنه لا مدخل للصدقة في العمرة (قوله يسير) لرجحان جانب الوجود بالكثرة . وعن هذا ما ذكر من أن الركن عندنا هو الأربعة الأشواط والثلاثة الباقية واجبة لأن تركها يجبر بالدم . وإنما يجبر به الواجب . وهذا حكم لا يعمل به لأنه محل النزاع إذ جبرها بالدم ممنوع عند من يخالف فيه وهم كثيرون . بل جبرها به لإقامة الأكثر مقام الكل . وسبب اختصاص هذه العبادة به على خلاف الصلاة والصوم إذ لا يقام الأكثر منهما مقام الكل قوله عليه الصلاة والسلام « الحج عرفة . ومن وقف بعرفات فقد تم حجه » مع العلم ببقاء ركن آخر عليه . وحكمنا لهذا بالأمن من فساد الحج إذا تحقق بعد الوقوف مايفسده قلبه . فعلمنا أن باب الحج اعتبر فيه شرعا هذا الاعتبار والطواف منه فأجربنا فيه ذلك . وهذا هو الأوجه في إثبات الإقامة المذكورة . وإنما قلنا إن هذا الوجه أوجه لأن الوجه الآخر غير منتهض . وهو أن المأمور به الطواف وهو يحصل بمرة . فلما فعله عليه الصلاة والسلام سبعا احتمل كونه تقديرا للكمال ولما لا يجزئ أقل منه فيثبت المتيقن من ذلك وهو أنه شرط للكمال أو للاعتداد ، ويقام الأكثر مقام الكل كإدراك الركوع يجعل شرعا إدراك الركعة ، وكالنية في أكثر النهار للصوم تجعل شرعا في كله . ولا يخفى أن المأمور به التطوف وهو أخص يقتضي زيادة تكلف . وهو يحتمل كونه من حيث الإسراع ومن حيث التكرر . فلما فعله عليه الصلاة والسلام متكررا كان تنصيصا على أحد المحتملين . ثم وقوع التردد بين كونه للكمال أو للاعتداد على السواء لا يستلزم كون المتيقن كونه للكمال فإنه محتمل نحكم في أحد المحتملين المتساويين . بل في مثله يجب الاحتياط فيعتبر للاعتداد ليقع اليقين بالخروج عن العهدة . وعلى اعتبار كونه للاعتداد يكون إقامة أكثره مقام كله منافيا له في التحقيق . إذ كون السبع للاعتداد معناه أنه لا يجزئ أقل منها . وإقامة الأكثر لازمه حصول الإجزاء بأقل من السبع فكيف يرتب لازما على شيء وهو مناف للملزم . ثم بتقديره فإثباته يلحق مدرك الركوع والنية باطل . أما إدراك الركعة بالركوع فبالشرع على خلاف القياس . ولذا لم يقل بإجزاء ثلاث ركعات عن الأربع قياسا . وأما النية فبعد أنه من رد المختلف إلى المختلف فإننا نعتبر الإمسكات السابقة على وجود النية متوقعة على وجودها . فإذا وجدت بأن ينوي أنه صائم من أول النهار تحقق

وقوله (لأن النقصان بترك الأقل يسير) إنما كان كذلك لأن جانب الوجود راجح .

فيه فاستويا له . ونحن نقول نعم إلا أنه يجب بإيجاب العبد فلا بد أن لا يسوى بينه وبين ما يجب بإيجاب الله تعالى على ما مر آنفا فقامل .

ويبعث بشاة لما بينا (ومن ترك أربعة أشواط بقى محروما أبدا حتى يطوفها) لأن المتروك أكثر فصار كأنه لم يطف أصلا (ومن ترك طواف الصدر أو أربعة أشواط منه فعليه شاة) لأنه ترك الواجب أو الأكثر منه ، وما دام بمكة يؤمر بالإعادة إقامة للواجب في وقته (ومن ترك ثلاثة أشواط من طواف الصدر فعليه الصدقة) ، ومن طاف طواف الواجب في جوف الحجر ، فإن كان بمكة أعاده (لأن الطواف وراء الحطيم واجب على ما قدمناه . والطواف في جوف الحجر أن يدور حول الكعبة ، ويدخل الفرجتين اللتين بينها وبين الحطيم ، فإذا فعل ذلك فقد أدخل تقصا في طوافه فما دام بمكة أعاده كله ليكون مؤديا للطواف على الوجه المشروع (وإن أعاد على الحجر) خاصة (أجزأه) لأنه تلاقى ما هو المتروك وهو أن يأخذ عن يمينه خارج الحجر حتى ينتهي إلى آخره ثم يدخل الحجر من الفرجة ويخرج من الجانب الآخر هكذا يفعله سبع مرات (فإن رجع إلى أهله ولم يعده فعليه دم) لأنه تمكن تقصان في طوافه بترك ما هو قريب من من الريع ولا تجزيه الصدقة (ومن طاف طواف الزيارة على غير وضوء وطواف الصدر في آخر أيام التشريق طاهرا فعليه دم ، فإن كان طاف طواف الزيارة جنبا فعليه دمان عند أبي حنيفة رحمه الله (وقال عليه دم واحد لأن في الوجه الأول لم ينقل طواف الصدر إلى طواف الزيارة لأنه واجب ، وإعادة طواف الزيارة بسبب الحدث غير واجب وإنما هو مستحب فلا ينقل إليه . وفي الوجه الثاني ينقل طواف الصدر إلى طواف الزيارة لأنه مستحب الإعادة فيصير تاركاً لطواف الصدر مؤثرا لطواف الزيارة عن أيام النحر فيجب الدم بترك الصدر بالاتفاق وتأخير الآخر على الخلاف ، إلا أنه يؤمر بإعادة طواف الصدر مادام بمكة ولا يؤمر بعد الرجوع

صرف ذلك الموقوف كله لله تعالى ، فإنما تعلقت النية بالكل لوجودها في الأكثر لا بالأكثر ، وكان سبب تصحيح تعلقها بالكل من غير قران وجودها بالكل الحرج اللازم من اشتراط قران وجودها للكل بسبب النوم الحاكم على ما أسلفنا إيضاحه في كتاب الصوم وليس مانحن فيه كذلك . هذا وأما الوجه الأول فهو وإن كان أوجه لكنه غير سالم مما يدفع به . وذلك أن إقامة الأكثر في تمام العبادة إنما هو في حق حكم خاص وهو أمن الفساد والقوات ليس غير ، ولذا لم يحكم بأن ترك ما بقى : أعني الطواف يتم معه الحج وهو مورد ذلك النص ، فلا يلزم جواز إقامة أكثر كل جزء منه مقام تمام ذلك الجزء وترك باقية ، كما لم يجز ذلك في نفس مورد النص : أعني الحج ، فلا ينبغي التحويل على هذا الحكم ؛ والله أعلم . بل الذي نلهم به أن لا يجزى أقل من السبع ولا يجزى بعضه بشيء غير أنا نستمر معهم في التقرير على أصلهم هذا (قوله ويبعث بشاة) يعني عن الباقي من طواف الزيارة وبشاة أخرى

وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لأنه خف معنى التقصان وفيه نفع للفقراء . وقوله (أو أربعة أشواط منه) يعني من طواف الصدر . وقوله (ومن ترك ثلاثة أشواط من طواف الصدر فعليه الصدقة) يعني لظاهر التفاوت بين ترك الأقل من طواف الصدر والأقل من طواف الزيارة ، والمراد بالصدقة ههنا هو أن يكون لكل شوط منه نصف صاع من حنطة . والحاصل أن أكثر طواف الصدر بمنزلة أقل طواف الزيارة في وجوب الشاة ، وإذا كان في أكثره شاة فلا بد أن يكون في أقله صدقة . قال (ومن طاف طواف الزيارة على غير وضوء) ما ذكر من المسألتين

(قال المصنف : فإن رجع إلى أهله ولم يعده فعليه دم) أقول : في شرح الكنز : ولو عاد إلى أهله ولم يعد الطواف يلزم دم في الفرض لأن ترك شوط منه يوجب الدم ، وهذا أولى لأنه قريب من الريع وإن كان في الواجب ينبغي أن تجب فيه الصدقة على ما قدمناه . فعل هذا يكون الواجب في قول المصنف ومن طاف الطواف الواجب بمعنى الفرض .

على ما بينا (ومن طاف لعمرته وسعى على غير وضوء وحل فما دام بمكة بعيدهما ولا شيء عليه) أما إعادة الطواف فلتمكن النقص فيه بسبب الحدث . وأما السعي فلأنه تبع للطواف ، وإذا أعادها لأشياء عليه لارتفاع النقصان (وإن رجع إلى أهله قبل أن يعيد فعلية دم) لترك الطهارة فيه ، ولا يؤمر بالعود لوقوع التحلل بأداء الركن إذ النقصان يسير ، وليس عليه في السعي شيء لأنه أتى به على أثر طواف معتد به ، وكذا إذا أعاد الطواف ولم يعد السعي في الصحيح

ترك طواف الصدر ، وهذا لأن بعث الشاة لترك بعض طواف الزيارة لا يتصور إلا إذا لم يكن طاف الصدر ، فإنه لو طاف للصدر انتقل منه إلى طواف الزيارة ما يكمله ثم ينظر في الباقي من طواف الصدر إن كان أقله لزمه صدقة له وإلا قدم ، ولو كان طاف للصدر في آخر أيام التشريق وقد ترك من طواف الزيارة أكثره كمل من الصدر ولزمه دمان في قول أبي حنيفة : دم لتأخير ذلك ، ودم آخر لتركه أكثر الصدر ، وإن كان قد ترك أقله لزمه للتأخير دم وصدقة للتبرؤك من الصدر مع ذلك الدم . وجملة أن عليه في ترك الأقل من طواف الزيارة دما ، وفي تأخير الأقل صدقة ، وفي ترك الأكثر من طواف الصدر دم ، وفي ترك أقله صدقة . ومبنى هذا النقل ما تقدم من أن طواف الزيارة ركن عبادة ، والنية ليست بشرط لكل ركن إلا أنه يستقل عبادة في نفسه فشرط له نية أصل الطواف دون التعيين . فلو طاف في وقته ينوي النذر أو النفل وقع عنه ، كما لو نوى بالسجدة من الظهر النفل لغت نيته ووقعت عن الركن وإن توانى الأشراف ليس بشرط لصحة الطواف ، كمن خرج من الطواف لتجديد وضوء ففعل ثم رجع بنى (قوله وليس عليه لترك السعي شيء) عطف على قوله فعلية دم ، والمراد ليس عليه لترك جابر السعي شيء : أى لا يجب باعتبار مجرد السعي محدثا شيء لأنه لا يجب الطهارة فيه : بل الواجب فيه الطهارة في الطواف الذى هو عقيقه وقد جبر ذلك بالدم إذ فوت ، وقد منا أن شرط جواز السعي كونه بعد أكثر طواف ، والله أعلم . وما في البدائع من قوله لا يشترط له الطهارة لأنه نسك غير متعلق بالبيت ، إلا أنه يشترط أن يكون

والفرق بينهما واضح . وفائدة نقل طواف الصدر إلى طواف الزيارة سقوط البدنة عنه ، وهما هنا أصل وهو أن كل من وجب عليه طواف وأتى به في وقته وقع عنه سواء نواه بعينه أو لم ينوه أو نوى به طوافا آخر ، فالحرم إذا دخل مكة فطاف ولم ينو شيئا أو نوى التطوع ، فإن كان معتمرا وقع عن العمرة وإن كان حاجا وقع عن طواف القدوم ، وإن كان قارا كان الطواف الأول للعمرة ثم ما بعده للحج سواء نوى التطوع أو طوافا آخر . وإنما كان كذلك لأن الإحرام قد انعقد لأدائه ، فإذا أتى به وقع عن المستحق ولم يتغير بنيته ، كما إذا سجد ينوى به تطوعا لم يتغير بنيته ووقعت السجدة عما هو مستحق عليه . وقوله (على ما بينا) إشارة إلى قوله ومن ترك طواف الصدر أو أربعة أشواط منه فعليه شاة ، إلى قوله وما دام بمكة يؤمر بالإعادة . وقوله (ومن طاف لعمرته وسعى على غير وضوء) واضح . وقوله (وأما السعي) يعنى إنما يعيد السعي وإن لم يفتر إلى الطهارة لعدم ورود ما ورد في الطواف من النص فيه لكونه تابعا للطواف لأنه لا يعد قربا بدون الطواف . وقوله (وليس عليه في السعي شيء) معطوف على قوله فعلية دم . وقوله (وكذا إذا أعاد الطواف ولم يعد السعي) يعنى ليس عليه شيء . وقوله (في الصحيح) احتراز عما قال بعض المشايخ إذا أعاد الطواف ولم يعد السعي كان عليه دم لأنه لما أعاد الطواف فقد نقض الطواف الأول ، فإذا انتقض ذلك حصل السعي قبل الطواف فلا يعتد به فيكون تاركا للسعي فيجب عليه الدم . ووجه الصحيح وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي والإمام المحبوبي والمصنف رحمهم الله أن الطهارة ليست بشرط في السعي ، وإنما الشرط

الطواف على طهارة من الجنابة والحيض ، إلى أن قال : والخاص أن حصول الطواف على الطهارة عن الحيض والجنابة من شرائط جواز السعي تساهل وهذا بالاتفاق ، بخلاف ما إذا أعاد الطواف وحده ذكر فيه الخلاف وصحح عدم الوجوب وهو قول شمس الأئمة والمحبوبي . وذهب كثير من شارحي الجامع الصغير إلى وجوب الدم بناء على انفساخ الأول بالثاني وإلا كانا فرضين أو الأول فلا يعتد بالثاني ولا قائل به فيلزم كون المعتبر الثاني فحينئذ وقع السعي قبل الطواف فلا يعتد به ، بخلاف ما إذا لم يعد فإنه لا يوجب انفساخ الأول . والجواب منع الحصر بل الطواف الثاني معتد به جابرا كالدّم ، والأول معتد به في حق الفرض ، وهذا أسهل من الفسخ خصوصا وهو نقصان بسبب الحدث الأصغر . ومن واجبات الطواف ستر العورة والمشى ، وأن لا يكون منكوسا بأن يجعل البيت عن يمينه لا يساره . وكلها وإن تقدم ذكرها لكن لا قصدا بل في ضمن التعاليل . أما الستر فلما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام « ألا لا يطوفن بهذا البيت بعد العام مشرك ولا عريان » وأما المشى فلأن الراكب ليس طائفا حقيقة بل الطائف حقيقة مركوبه وهو في حكمه إذ كان حركته عن حركة المركوب ، وطوافه عليه الصلاة والسلام راكبا فيما ركب فيه قد منا ما روى فيه من كلام الصحابة أنه كان ليظهر فيقتدى بفعله وهذا عن أيّ عنر ، فإنه كان مأمورا بتعليمهم ، وهذا طريق ما أمر به فيباح له . ونحن نقول : إذا ركب من عنر فلا شيء عليه وإلا أعاده وإن لم يعد له دم ، وكذا إذا طاف زحفا . ولو نذر أن يطوف زحفا وهو قادر على المشى لزمه أن يطوف ماشيا لأنه نذر العبادة بوجه غير مشروع فبلغت وبقي النذر بأصل العبادة كما إذا نذر أن يطوف للحج بلا طهارة ، ثم إن طاف زحفا أعاده ، فإن رجع إلى أهله ولم يعد فعله دم لأنه ترك الواجب كذا ذكر في الأصل . وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أنه إذا طاف زحفا أجزاء لأنه أدى ما أوجب على نفسه كمن نذر أن يصلي في أرض مغصوبة أو يصوم يوم النحر فإنه يجب عليه أن يصلي في موضع آخر ويصوم يوما آخر ؛ ولو صلى في المغصوبة أو صام يوم النحر أجزاء وخرج عن عهدة النذر ، كذا هذا ، هكذا حكى في البدائع . وسوقه يقتضي أن المذكور في شرح القاضي مخالف لما في الأصل ، وليس كذلك إلا لو صرح ببنى الدم وهو لم يذكر سوى الإجزاء ، وما في الأصل لا ينفيه ، ولو كان خلافا كان ما في الأصل هو الحق لأن الأصل أن العبادة متى شرع فيها جابر لتفويت شيء من واجباتها ففوت وجب الجبر ، وإن كان لو لم يجبر صحت كالصلاة بالسجود في السهو وبالإعادة في العمد ، فقد قلنا : كل صلاة أدت مع كراهة التحريم يجب إعادتها ، وباب الحج مما تحقق فيه ذلك فيجب الجبر أولا بمنسه إذا فوت واجبه ، فإن لم يعد وجب الجابر الآخر وهو الدم ، بخلاف الصوم فإنه لم يتحقق فيه جبر ، وبخلاف الصلاة في الأرض المغصوبة فإن عدم حل الصلاة فيها ليس من واجبات الصلاة بل الواجب عدم الكون فيها مطلقا في الصلاة وغيرها . وأما جعل البيت عن يساره فاختلف فيه ، والأصح الوجوب بفعله عليه الصلاة والسلام كذلك على سبيل المواظبة من غير ترك في الحج وجميع عمره مع ما ذكرنا أن ما فعله عليه الصلاة والسلام في موضع التعليم يحمل على التوجوب إلى أن يقوم دليل على عدمه خصوصا اقتران ما فعله في الحج بقوله « خذوا عني مناسككم » فعليه أن يعيد ، فإن لم يعد حتى رجع إلى أهله لزمه دم . وأما الافتتاح من الحجر ففي ظاهر الرواية هو سنة يكره تركها . وذكر محمد في الرقيات : لا يعتد بذلك الشوط إلى أن يصل إلى فيه أن يكون على إثر طواف معتد به ، وطواف المحدث كذلك ولهذا يتحلل به ، فإذا أتى به مع تقدم الشرط عليه حصل المقصود : فإن أعاد تبعاً للطواف فهو أفضل وإلا فلا شيء عليه .

(ومن ترك السعي بين الصفا والمروة فعليه دم وحجه تام) لأن السعي من الواجبات عندنا فيأزم بتركه الدم دون الفساد (ومن أفاض قبل الإمام من عرفات فعليه دم) وقال الشافعي رحمه الله : لا شيء عليه لأن الركن أصل الوقوف فلا يلزمه بترك الإطالة شيء . ولنا أن الاستدامة إلى غروب الشمس واجبة لقوله عليه الصلاة والسلام «فادفعوا بعد غروب الشمس» فيجب بتركه الدم . بخلاف ما إذا وقف ليلاً لأن استدامة الوقوف على

الحجر فيعتبروا ابتداء الطواف منه ، وقدمنا فيما سلف أنه ينبغي أن يكون واجباً إذ لا فرق بينه وبين جعل البيت عن يساره في الدليل ، وجعل البيت عن يسار الطائف واجب ، فكذلك ابتداء الطواف من الحجر واجب أئبته (قوله ومن ترك السعي بين الصفا والمروة فعليه دم وحجه تام) لأن السعي من الواجبات عندنا . وقد تقدم نصب الخلاف فيه مع الشافعي وغيره : وأقمنا دليل الوجوب وأبطلنا ما جعله دليلاً للركنية فارجع إليه في أثناء باب الإحرام . قال في البدائع : وإذا كان السعي واجباً فإن تركه لعذر فلا شيء عليه ، وإن تركه لغير عذر لزمه دم لأن هذا حكم ترك الواجب في هذا الباب . أصله طواف الصدر . وأصل ذلك ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال « من حج هذا البيت فليكن آخر عهده بالبيت الطواف » ورخص للحيض فأسقطه للعذر ، وعلى هذا فالإزام الدم في الكتاب بترك السعي يحمل على عدم العذر ، وكذا يلزم الدم بترك أكثره ، فإن ترك ثلاثة أشواط منه لزمه صدقة : أي يطعم لكل شوط مسكيناً نصف صاع من بر أو قيمته إلا أن يبلغ ذلك دماً فهو بالخيار ، وكما يلزمه بتركه الدم فكذلك يلزم بركوبه فيه من غير عذر إلا إن ركب لعذر ، وتقدم في الهداية أن في ترك الوقوف بمزدلفة لغير عذر دماً لا لعذر (قوله ومن أفاض قبل الإمام) قد تركنا مواضع من هذا الفصل لأنها مفصلة واضحة في الكتاب فراجع فيه . ثم الأولى أن يقول قبل أن تغرب الشمس لأنه المدار إلا أن الإفاضة من الإمام لما لم تكن قط إلا على الوجه الواجب أعني بعد الغروب وضع المسألة باعتبارها ، وأشار في الدليل إلى خصوص المراد بقوله : ولنا أن الاستدامة إلى غروب الشمس واجبة . والحديث الذي ذكره وهو قوله عليه الصلاة والسلام « فادفعوا بعد غروب الشمس » غريب ، ولا شبهة في أنه عليه الصلاة والسلام دفع بعد غروب الشمس . ويمكن أن يقال : كل ما وقع من قوله عليه الصلاة والسلام في الحج يحمل على الوجوب إلا أن يقوم دليل بخلافه لقوله عليه الصلاة والسلام « خذوا عني مناسككم » وأيضاً ما تقدم من حديث الحاكم عن المسور « خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : أما بعد ، فإن أهل الشرك كانوا يدفعون من هذا الموضع إذا كانت الشمس على رعوس الجبال مثل عمائم الرجال في وجوهها ، وإننا ندفع بعد أن تغيب ، فإن هذا السوق يفيد الوجوب بأدنى تأمل فيه . ومسائل الإفاضة قبل الغروب ذكرناها في بحث الوقوف بعرفة فارجع إليها تستغن عن إعادتها هنا .

وقوله (ومن ترك السعي) ظاهر . وقوله (ومن أفاض قبل الإمام من عرفات فعليه دم) قال في النهاية : كان من حق الرواية أن يقال : ومن أفاض قبل غروب الشمس فعليه دم لما أن المحذور عليه الإفاضة قبل غروب الشمس . وأقول : قوله هذا يستلزم ذلك لأن الاستدامة إذا كانت واجبة إلى غروب الشمس فالإفاضة قبل الإمام لا تكون إلا قبل الغروب لأن الظاهر أن الإمام لا يترك ماوجب عليه من الاستدامة . وقوله (بخلاف ما إذا وقف ليلاً) متصل بقوله ولنا أن الاستدامة إلى غروب الشمس واجبة . فإن قيل : قوله عليه الصلاة والسلام « من وقف بعرفة ليلاً أو نهار فقد أدرك الحج » يقتضي أن لا يكون

(قوله فالإفاضة قبل الإمام لا تكون إلا قبل الغروب) أقول : يجوز أن يفرض بعد الغروب قبل الإمام . إذ لا يجب على الإمام أن يفرض مع الغروب بحيث لا يتخلل بين إفاضة والغروب زمان ما مع أنه لا يلزم على ذلك المفروض بعد الغروب قبل الإمام شيء ، مقتضى ظاهر الكتاب

من وقف نهرا لا ليلا ، فإن عاد إلى عرفة بعد غروب الشمس لا يسقط عنه الدم في ظاهر الرواية ، لأن المتروك لا يصير مستدركا . واختلفوا فيما إذا عاد قبل الغروب (ومن ترك الوقوف بالمزدلفة فعليه دم) لأنه من الواجبات (ومن ترك رمي الجمار في الأيام كلها فعليه دم) لتحقيق ترك الواجب ، ويكفيه دم واحد لأن الجنس متحد كما في الحلق ، والترك إنما يتحقق بغروب الشمس من آخر أيام الرمي لأنه لم يعرف قربة إلا فيها ، وما دامت الأيام باقية فالإعادة ممكنة فيرميها على التأليف ثم بتأخيرها يجب الدم

وقوله في ظاهر الرواية يحترز به عما قدمناه هناك من رواية ابن شجاع (قوله واختلفوا فيما إذا عاد قبل الغروب) ذكر الكرخي أنه يسقط لأن الواجب الإفاضة بعد الغروب وقد وجد وتقدم ماعليه وجوابه وأنه الحق فارجع إليه (قوله كما في الحلق) حيث يجب دم واحد بحلق شعر كل البدن في مجلس واحد لاتحاد الجنابة باتحاد الجنس ، فكذا ترك رمي الجمار في كل الأيام يلزمه به دم واحد (قوله والترك إنما يتحقق بغروب الشمس من آخر أيام الرمي) وهو آخر أيام انشريق وهو اليوم الثالث عشر من ذى الحجة ولا يبقى في ليلة الرابع عشر بخلاف الليالي التي تتلو الأيام التي قبلها ، وتقدم بيان ذلك في بحث الرمي . وقوله فيرميها على التأليف : يعني على الترتيب كما كان يرتب الجمار في الأداء . واعلم أن إطلاق إلزام الدم والصدقة بترك الرمي على الاتفاق فيما إذا لم يقضه ، أما إن قضى رمي اليوم الأول في الثاني أو الثالث أو الثاني في الثالث ، فالإيجاب على قول أبي حنيفة رحمه الله لاعلى قولهما ، لأن

الامتداد شرط لا في الليل ولا في النهار فكيف جعلتم شرطاً في النهار دون الليل ؟ قلت : ترك ظاهره في حق النهار بقوله صلى الله عليه وسلم « فادفعوا بعد غروب الشمس » فبقى الليل على ظاهره (وإن عاد إلى عرفة بعد غروب الشمس لا يسقط عنه الدم في ظاهر الرواية) وروى ابن شجاع عن أبي حنيفة أنه يسقط عنه الدم لأنه استدرك ما فاتته لأن الواجب عليه الإفاضة بعد الغروب وقد أتى به ، فكان كمن جاوز الميقات حللاً ثم عاد إلى الميقات وأحرم . وجه الظاهر ما ذكره في الكتاب أن المتروك لا يصير مستدركا ، معناه أن المتروك سنة الدفع مع الإمام وذلك ليس بمستدرك بعوده وحده لاحالة . وإذا عاد قبل غروب الشمس حتى أناض مع الإمام بعد غروبها فقد اختلفوا فيه : فمنهم من قال : لا يسقط عنه الدم لأن استدامة الوقوف قد انقطعت ولا يمكن تداركها فبقى عليه الدم . ومنهم من قال : يسقط لأنه استدرك سنة الدفع مع الإمام . قال (ومن ترك الوقوف بالمزدلفة) قد تقدم أن الوقوف بالمزدلفة ورمي الجمار من الواجبات ، فإذا تركتهما يجب عليه الدم ، لكن إذا ترك رمي الجمار في الأيام كلها وهي أربعة أيام : نحر خاص وتشريق خاص ويومان بينهما نحر وتشريق يكفيه دم واحد . وقال بعض المشايخ : يلزمه بترك رمي كل يوم دم لأن الجنابات وإن كانت جنسا واحدا لكن في مجالس مختلفة فكان كمن قص أظافر يديه ورجليه في مجالس مختلفة كما تقدم . ووجه ما في الكتاب ما ذكره فيه بقوله (لأن الجنس متحد) وكل ما كان كذلك لا تعدد فيه الكفارة (كما في الحلق) فإنه إن حلق شعر البدن كله يلزمه دم واحد ، وإن كان يلزمه دم واحد لو اقتصر على حلق الرأس أو ربه . وقوله (والترك إنما يتحقق بغروب الشمس من آخر أيام الرمي) جواب ما قال ذلك البعض من المشايخ أن المجالس مختلفة . ووجه ذلك أن أيام الرمي كلها زمان واحد للرمي فلم يتحقق هناك اختلاف المجلس (لأنه لم يعرف قربة إلا فيها) على خلاف القياس فلا يتحقق الترك مادام فيها كالنضحية في أيام النحر (فيرميها على التأليف) أى على الترتيب الذي شرع مادامت الأيام باقية ، بخلاف قص الأظافر فإن تركه ليس بموقت بزمان فيتحقق فيه اختلاف المجلس (ثم بتأخيرها) عن هذه الأيام (يجب الدم) وهو شاة

أن يلزمه ، فأيراد صاحب النهاية على حاله (قوله قلت ترك ظاهره الخ) أقول : لانسلم ذلك ، فإن إدراك الحج غير مشروط بالاستدامة بل المشروط بها تمامه ، فليس ظاهره متروكا فتأمل (قوله أن المتروك سنة الدفع مع الإمام) أقول : بل واجب الدفع بعد الغروب ، وإنما

عند أبي حنيفة خلافا لهما (وإن ترك رمى يوم واحد فعليه دم) لأنه نسك تام (ومن ترك رمى إحدى الجمار الثلاث فعليه الصدقة) لأن الكل في هذا اليوم نسك واحد فكان المتروك أقل إلا أن يكون المتروك أكثر من النصف فحينئذ يلزمه الدم لوجود ترك الأكثر (وإن ترك رمى جمرة العقبة في يوم النحر فعليه دم) لأنه كل وظيفة هذا اليوم رميا وكذا إذا ترك الأكثر منها (وإن ترك منها حصاة أو حصاتين أو ثلاثا تصدق لكل حصاة نصف صاع إلا أن يبلغ دما فينقص ما شاء) لأن المتروك هو الأقل فتكفيه الصدقة (ومن أخر الحلق حتى مضت أيام النحر فعليه دم عند أبي حنيفة ، وكذا إذا أخر طواف الزيارة حتى مضت أيام التشريق فعليه دم عنده وقالوا : لا شيء عليه في الوجهين) وكذا الخلاف في تأخير الرمي وفي تقديم نسك على نسك

تأخير النسك وتقديمه غير موجب عندهما شيئا (قوله إلا أن يكون المتروك أكثر من النصف) بأن يترك إحدى عشرة حصاة في غير اليوم الأول وأربع حصيات من جمرة العقبة في يوم النحر . وتفصيل مسائل الرمي ظاهرة من الكتاب . وتقدم شيء منها في بحث الرمي فلا نعيده وارجع إليه (قوله وكذا إذا أخر طواف الزيارة) يعني عن أيام النحر ، بخلاف ما إذا أخر السعي عن طواف الزيارة حتى مضت أيام النحر لا شيء عليه لأنه أتى به بعده

(عند أبي حنيفة خلافا لهما ، وإن ترك رمى يوم واحد فعليه دم لأنه نسك تام) فإن قيل : هذا بظاهره يدل على أنه إذا نفر النفر الأول يجب عليه دم لأنه ترك رمى يوم . وليس كذلك فإنه يغير بين الإقامة والنفر وذلك آية التطوع فكيف يجب عليه دم ؟ أجيب بأن التأخير قبل طلوع الفجر من اليوم الرابع ، فأما إذا طلع فقد وجب عليه الإقامة والرمي . فلو ترك وجب عليه الدم فكان كالتطوع يغير فيه قبل الشروع ويجب بعده . وقوله (ومن ترك رمى إحدى الجمار) مبناه على أن ما كان نسك يوم فتركه يوجب الدم . وما كان بعضه الأقل فتركه يوجب الصدقة ، فعلى هذا إذا ترك جمرة العقبة يوم النحر يلزمه دم ، وإن تركها في بقية الأيام يلزمه صدقة ، وهذا إذا لم يقضه في أيام الرمي ، فأما إذا قضاه فيها فقد سقط الدم عندهما ولم يسقط عند أبي حنيفة رحمه الله . وقوله (فكان المتروك أقل) يعني إذا ترك رمى إحدى الجمار لأن المتروك حينئذ سبع حصيات والمأتى به أربع عشرة حصاة . وقوله (إلا أن يكون المتروك أكثر من النصف) استثناء منقطع من قوله : ومن ترك رمى إحدى الجمار : أى لكن إذا ترك أكثر من رمى إحدى الجمار وبلغ المتروك أكثر من نصف مثل أن يترك إحدى عشرة حصاة ويرمى عشر حصيات (فحينئذ يلزمه الدم لوجود ترك الأكثر) والأكثر يقوم مقام الكل . وقوله (لأنه كل وظيفة هذا اليوم رميا) نصب رميا على التمييز لأن فيه وظائف غيره كالذبح والحلق والطواف ، فلو اقتصره على قوله لأنه وظيفة هذا اليوم لم يكن على ما ينبغي . وقوله (وكذا إذا ترك الأكثر منها) أى من جمرة العقبة . وقوله (إلا أن يبلغ دما) استثناء من قوله تصدق لكل حصاة نصف صاع : يعني إذا بلغ قيمة ما تصدق لكل حصاة قيمة الدم فحينئذ (ينقص من الدم ما شاء) حتى لا يلزم التسوية بين الأقل والأكثر . وقوله (لأن المتروك هو الأقل) دليل قوله تصدق . قال (ومن أخر الحلق حتى مضت أيام النحر) هذا بناء على ما تقدم أن أبا حنيفة يوجب الدم بالتأخير خلافا لهما . وقوله (وكذا الخلاف في تأخير الرمي) أى في تأخير رمى جمرة العقبة عن يوم النحر وتأخير رمى الجمار من اليوم الثاني إلى الثالث أو من الثالث إلى الرابع . وقوله (وفي تقديم نسك على نسك) أى وكذا الخلاف في تقديم نسك على نسك

قال سنة الدفع لأن وجوبه ثابت بها ، وقوله مع الإمام بمعنى بعد الترويب على ما سلف (قوله وقوله إلا أن يكون المتروك أكثر من النصف) استثناء منقطع الخ (أقول : فيه بحث .

كالخلق قبل الرمي ونحو القارن قبل الرمي والخلق قبل الذبح ، لهما أن ما فات مستدرك بالقضاء ولا يجب مع القضاء شيء آخر . وله حديث ابن مسعود رضى الله عنه أنه قال : « من قدم نسكا على نسك فعليه دم » لأن التأخير عن المكان يوجب الدم فيما هو موقت بالمكان كالإحرام فكذا التأخير عن الزمان فيما هو موقت بالزمان

(قوله كالخلق قبل الرمي الخ) وفي موضع إن رمى قبل أن يطوف ورجع إلى أهله فعليه دم بالاتفاق . وليس على الحائض لتأخير طواف الزيارة عن أيام النحر شيء بالاتفاق للعذر ، حتى لو طهرت في آخر أيام النحر ويمكنها أن تطوف قبل الغروب أربعة أشواط . فلم تفعل كان عليها الدم لا إن أمكنها أقل منها . ولو طاف قبل الرمي يقع معتدا به وإن كان مسنونا بعد الرمي (قوله لهما أن ما فات مستدرك بالقضاء الخ) ولهما أيضا من المنقول ما في الصحيحين « أنه عليه الصلاة والسلام وقف في حجة الوداع فقال رجل : يا رسول الله لم أشعر فحلفت قبل أن أذبح ، قال أذبح ولا حرج ، وقال آخر : يا رسول الله لم أشعر فنحرت قبل أن أرمي ، قال : أرم ولا حرج ، فما سئل يومئذ عن شيء قدم ولا أخر إلا قال افعل ولا حرج » . والجواب أن نفي الحرج يتحقق بنفي الإثم والفساد فيجمل عليه دون نفي الجزاء ، فإن في قول القائل لم أشعر ففعلت ما يفيد أنه ظهر له بعد فعله أنه ممنوع من ذلك . فلذا قدم اعتذاره على سؤاله وإلا لم يسأل أو لم يعتذر . لكن قد يقال : يحتمل أن الذي ظهر له مخالفة ترتبته لترتيب رسول الله صلى الله عليه وسلم فظن أن ذلك الترتيب متعين فقدم ذلك الاعتذار وسأل عما يلزمه به ، فبين عليه الصلاة والسلام في الجواب عدم تعيينه عليه بنفي الحرج ، وأن ذلك الترتيب مسنون لا واجب . والحق أنه يحتمل أن يكون كذلك ، وأن يكون الذي ظهر له كان هو الواقع إلا أنه عليه الصلاة والسلام عذرهم للجهل وأمرهم أن

(كالخلق قبل الرمي) سواء كان مفردا أو غيره (ونحو القارن) والمتمتع (قبل الرمي وخلق القارن) والمتمتع (قبل الذبح) وإنما خص القارن بذلك لأن المفرد إذا ذبح قبل الرمي أو حتى قبل الذبح فإنه لا شيء عليه لأن تأخير النسك لا يتحقق في حقه ههنا لكون الذبح غير واجب عليه . فإن قيل : تقديم نسك على نسك يستلزم تأخير نسك . عن نسك فكان في كلامه تكرار . فالجواب أنه أراد بالتأخير ما يكون بحسب الأيام وبالقديم ما يكون بحسب الآفات في يوم واحد فلا تكرار . لهما أن ما فات مستدرك بالقضاء) وهو ظاهر ، وكل ما هو مستدرك بالقضاء لا يجب فيه شيء غيره بالاستقراء في أحكام الشرع (ولأبي حنيفة حديث ابن مسعود رضى الله عنه قال « من قدم نسكا على نسك فعليه دم » فإن قيل : ثبت في الصحيحين عن عبد الله بن عمرو بن العاص « أنه صلى الله عليه وسلم وقف للناس بمنى يسألونه ، فجاء رجل وقال : نحرت قبل الرمي ، فقال عليه الصلاة والسلام : افعل ولا حرج ، فما سئل عليه الصلاة والسلام عن شيء قدم أو أخر إلا قال : افعل ولا حرج » وذلك دليل واضح على أن لا شيء في التقديم والتأخير . فالجواب أنه متروك الظاهر لأنه يدل على ترك القضاء أيضا ، ويجوز أن يكون السائل مفردا وتقديم الذبح على الرمي لا يوجب عليه شيئا كما ذكرنا ، وكذا غير ذلك مما ذكر . ويجوز أن يكون مما ليس بموقت فلا يوجب التأخير فيه شيئا . سلمناه ولكن يكون معارضا بما روي عن حديث ابن مسعود . وقيل : الصحيح أن راويه ابن عباس رضى الله عنهما فيصارع إلى ما بعدهما ، والقياس معنا على ما ذكر في الكتاب بقوله (ولأن التأخير عن المكان يوجب الدم فيما هو موقت بالمكان كالإحرام) فإن الحاج إذا جاوز الميقات بغير إحرام ثم أحرم وجب عليه الدم (فكذا التأخير عن الزمان فيما هو موقت بالزمان) بجامع تمكن نقصان التأخير

(قوله فكان في كلامه تكرار) أقول : فيه بحث ، إذ لا يلزم التكرار لظهور أن المراد في تقديم نسك على نسك سوى ما ذكر أولا ، ولم يكف بهذا مع إمكان الاكتفاء بعمومه جميع ما ذكر إرادة التفصيل والتوضيح .

(وإن حلق في أيام النحر في غير الحرم فعليه دم . ومن اعتمر فخرج من الحرم وقصر فعليه دم عند أبي حنيفة ومحمد) رحمهما الله تعالى (وقال أبو يوسف) رحمه الله (لا شيء عليه) قال رضي الله عنه : ذكر في الجامع الصغير قول أبي يوسف في المعتمر ولم يذكره في الحاج . قيل هو بالاتفاق لأن السنة جرت في الحج بالخلق بمعنى وهو من الحرم . والأصح أنه على الخلاف . هو يقول : الحلق غير مختص بالحرم لأن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه أحصروا بالحديبية وحلقوا في غير الحرم . ولما أن الحلق لما جعل محلا صار كالسلام في آخر الصلاة فإنه من واجباتها . وإن كان محلا ، فإذا صار نسكا اختص بالحرم كالذبح وبعض الحديبية من الحرم فلعلهم حلقوا فيه . فالخلاص أن الحلق يتوقت بالزمان والمكان عند أبي حنيفة رحمه الله . وعند أبي يوسف لا يتوقت بهما وعند محمد يتوقت بالمكان دون الزمان . وعند زفر يتوقت بالزمان دون المكان .

يتعلموا مناسكهم ، وإنما عذرهم بالجهل لأن الحال كان إذ ذاك في ابتدائه . وإذا احتمل كلا منهما فالاحتياط اعتبار التعيين والأخذ به واجب في مقام الاضطراب فيتم الوجه لأبي حنيفة . ويؤيده ما نقل عن ابن مسعود رضي الله عنه « من قدم نسكا على نكح فعليه دم » بل هو دليل مستقل عندنا . وفي بعض النسخ : ابن عباس وهو الأعرابي رواه ابن أبي شيبة عنه ولفظه « من قدم شيئا من حجه أو أخره فليهرق دما » وفي سنده إبراهيم بن مهاجر مضعف . وأخرجه الطحاوي بطريق آخر ليس ذلك المضعف : حدثنا ابن مرزوق : حدثنا الحبيب ، حدثنا وهيب عن أيوب عن سعيد بن جبيرة عن ابن عباس مثله . قال : فهذا ابن عباس أحد من روى عنه عليه الصلاة والسلام « أفعل ولا حرج » لم يكن ذلك عنده على الإباحة ، بل على أن الذي فعلوه كان على الجهل بالحكم فعذرهم وأمرهم أن يتعلموا مناسكهم . وما استدلل به قياس الإخراج عن الزمان بالإخراج عن المكان . وأما الاستدلال بدلالة قوله تعالى - فن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية - الآية . فإن إيجاب الفدية للحلق قبل أوانه حالة تعتذر بوجوب الجزاء مع عدم العذر بطريق أولى فتوقف على أن ذلك التأقيت الصادر عنه عليه الصلاة والسلام بالقول كان لتعنيه لا لاستثنائه . ونص المصنف على صور التقديم والتأخير يعني عن ذكرنا لما : وتخصيص القارن في قوله ونحر القارن قبل الرمي ليس بلام بل المتمتع مثله وذلك لأن ذبحه واجب بخلاف المفرد (قوله قيل هو بالاتفاق) أي الاتفاق على لزوم الدم للحاج لأن التوارث من لدن النبي عليه الصلاة والسلام وجميع الصحابة والتابعين ومن بعدهم من المسلمين جرى على الحلق في الحج في الحرم ن منى وهو إحدى الحجج (قوله فالخلاص أن الحلق يتوقت بالزمان) وهو أيام النحر (والمكان) وهو الحرم (عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف لا يتوقت بهما . وعند محمد بالمكان لا المكان . وعند زفر عكسه

فيهما . فإن قيل : معهما أيضا قياس . وهو القياس على سائر ما يستدرك من العبادات بالقضاء فكان قياسكم في حيز التعارض . فالجواب أن قياسنا مرجح بالاحتياط . فإن فيه الخروج عن العهدة بيقين . وقوله (وإن حلق في أيام النحر) ظاهر (قال المصنف رحمه الله : ذكر محمد في الجامع الصغير قول أبي يوسف في المعتمر) أنه لا شيء عليه (ولم يذكره في الحاج) إذا حلق خارج الحرم (فقيل) إنما لم يذكره لأنه (بالاتفاق) في وجوب الدم (لأن السنة جرت في الحج بأن يكون الحلق بمعنى وهو من الحرم) فبتركه يلزم الجابر (والأصح أنه على الخلاف) عندهما يجب الدم ، وعند أبي يوسف لا يجب شيء . ووجه الجائنين على ما ذكر في الكتاب واضح . وقوله (فالخلاص أن الحلق) يعني في الحج (يتوقت بالمكان والزمان) أي بيوم النحر والحرم (عند أبي حنيفة . وعند أبي يوسف لا يتوقت بهما ، وعند محمد يتوقت بالمكان دون الزمان » وعند زفر يتوقت بالزمان دون المكان) وإنما

(قال المصنف : فالخلاص أن الحلق يتوقت) أقول : يجوز أن يكون من قبيل « علفنا تبنا وماء باردا » فإن التوقت لا يكون بالمكان بل

وهذا الخلاف في التوقيت في حق التضمين بالدم ، وأما في حق التحلل فلا يتوقف بالاتفاق ، والتقصير والحلق في العمرة غير موقت بالزمان بالإجماع لأن أصل العمرة لا يتوقف به

وهذا الخلاف في التضمين بالدم لا في التحلل (يعني أنه لا خلاف في أنه في أي مكان أو زمان أتى به يحصل به التحلل ، بل الخلاف في أنه إذا حلق في غير ماتوقت به يلزم الدم عند من وقته ولا شيء عليه عند من لم يوقته . ثم هو أيضا في حلق الحاج ، أما المعتمر فلا يتوقت في حقه بالزمان بالاتفاق بل بالمكان عند أبي حنيفة . ومحمد . خلافا لأبي يوسف . لأبي يوسف ومحمد في نفي توقته بالزمان ما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال « اذبح ولا حرج » لمن قال حلق قبل أن أذبح ، فدل على أنه غير موقت به ، وتقدم الجواب عن هذا . ولأبي يوسف وزفر في نفي توقته بالمكان حلقه عام الحديبية بها وهي من الحل ، ولا فرق بين العمرة والحج في هذا الحكم بالاتفاق . والجواب ما ذكر في الكتاب من أن بعض الحديبية من الحرم فيجوز كون الحلق كان فيه ، فلا حجة إلا أن ينقل صريحا أن الحلق كان في البعض الذي هو حل مع ما روى « أنه عليه الصلاة والسلام نزل بالحديبية في الحل وكان يصلي في الحرم » . فالظاهر أنه لم يحلق في الحل وهو بسبيل من أن يحلق في الحرم فيبقى التوارث الكائن في الزمان والمكان خاليا عن المعارض ، وكنا ما قدمناه آنفا من قول ابن عباس في الزمان ثم

قلنا : يعني في الحج لأن الحلق في العمرة لا يتوقف بالزمان بالإجماع . فإن قيل : إذا كان موثقا بهما كان كالوقوف فينبغي أن لا يعتد به إذا حلق خارج الحرم كما لو وقف بغير عرفة أو طاف بغير البيت . فالجواب أن محل الفعل هو الرأس دون الحرم ، ولكنه جاز بالتأخير عن مكانه فيلزمه دم كما يلزمه بالتأخير عن وقته ، بخلاف ما ذكرتم من الوقوف والطواف فإن محل الفعل هو الجبل وحول البيت وبالحرج عنهما يتبدل المحل فلا يجوز . وجه قول أبي حنيفة على اختصاصه بالمكان قد علم من قوله ولهما أن الحلق لما جعل محللا الخ . وأما على اختصاصه بالزمان فلأن الحلق للتحلل وهذا بالاتفاق ، وكل ما هو كذلك يوقت بالزمان كالطواف . وجه قول أبي يوسف أما على عدم اختصاصه بالمكان فقد علم من قوله هو يقول الحلق غير مختص بالحرم الخ . وأما على عدم اختصاصه بالزمان فهو أن الحلق الذي هو نسك في أوانه بمنزلة الحلق الذي هو جنابة قبل أوانه ، فكما أن ذلك لا يختص بزمان فكذلك هذا ، ولو أردت أن تجعله دليلا للشقين . قلت : فكما أن ذلك لا يختص بزمان ومكان فكذلك هذا ، إذ لو كان مختصا بهما لما وقع معتدا به في غير المكان والزمان كالوقوف بعرفة ، وقد عرفت جواب ذلك آنفا . وجه قول محمد أما على اختصاصه بالمكان فقد علم من قوله ولهما أن الحلق الخ ، وأما على عدم اختصاصه بالزمان فهو دليل أبي يوسف على عدم اختصاصه بالزمان . وجه قول زفر أن التحلل عن الإحرام معتبر ابتداء الإحرام وابتدائه موقت بالزمان حتى كره تقديم إحرام الحج على أشهره دون المكان حتى جاز أن يحرم من حيث شاء قبل الميقات ، فكذلك التحلل عنه يتوقت بالزمان دون المكان ، فلو أخر عن أيام النحر لزمه الدم ، ولو خرج من الحرم ثم حلق لم يلزمه شيء . وقوله (وهذا الخلاف) أي ما ذكرناه بين علمائنا في التوقيت (إنما هو في حق التضمين بالدم ، وأما في حق التحلل فلا يتوقف بالاتفاق) وقوله (لأن أصل العمرة لا يتوقف به) أي

بالزمان ، ويجوز أن يراد بالتوقيت التمين مجازاً (قوله فالجواب أن محل الفعل هو الرأس الخ) أقول : فيه بحث ، فإن محل الفعل في الذبح هو المذبح ، ولا يجوز في خارج الحرم كما سيأتي في باب المذبح ، ولعل قول المصنف وهذا الخلاف في التوقيت في حق التضمين الخ يكتفى به في الجواب .

بخلاف المكان لأنه موقت به . قال (فإن لم يقصر حتى رجع وقصر فلا شيء عليه في قولهم جميعا) معناه : إذا خرج المعتمر ثم عاد لأنه أتى به في مكان فلا يلزمه ضمانه (فإن حلق القارن قبل أن يذبح فعليه دمان) عند أبي حنيفة رحمه الله : دم بالخلق في غير أوانه لأن أوانه بعد الذبح ودم بتأخير الذبح عن الخلق . وعندهما يجب عليه دم واحد وهو الأول ، ولا يجب بسبب التأخير شيء على ما قلنا .

يلحق به المكان (قوله فإن لم يقصر حتى رجع) متصل بقوله فخرج من الحرم وقصر غير أنه فصل بالتقرير ونقل الأصل الخلاف (قوله وإن حلق القارن قبل أن يذبح فعليه دمان عند أبي حنيفة رحمه الله : دم بالخلق في غير أوانه

بالزمان فإن ركنها الطواف وهو غير موقت بزمان ، وفيه نظر لأنها في أيام النحر مكروهة فكانت موقته ، والجواب أن كراهتها فيها ليست من حيث أنها موقته بغيرها بل باعتبار أنه مشغول بأفعال الحج فيها ، فلو اعتمر فيها لربما أخل بشيء من أفعاله فكرهت لذلك . وقوله (بخلاف المكان لأنه موقت به) متصل بقوله غير موقت بالزمان وإليه ذهب صاحب النهاية ، ويكون معناه : لأنه مؤقت به عند أبي حنيفة ومحمد بناء على ما تقدم من الأصح . ويجوز أن يكون متصلا بقوله لأن أصل العمرة لا يتوقت به أي بالزمان ، بخلاف المكان لأنه : أي أصل العمرة يتوقت به فلا حاجة إلى التأويل (فإن لم يقصر المعتمر الذي خرج من الحرم حتى رجع إلى الحرم وقصر فيه فلا شيء عليه في قولهم جميعا لأنه أتى به في مكانه فلا يلزمه ضمان) ولو فعل الحاج ذلك لم يسقط عنه دم التأخير عند أبي حنيفة رحمه الله . وقوله (فإن حلق القارن قبل أن يذبح) يعني إذا قدم القارن الخلق على الذبح (فعليه دمان عند أبي حنيفة : دم للقران ، ودم بتأخير الذبح عن الخلق . وعندهما يجب عليه دم واحد) وهو دم القران (ولا يجب بسبب التأخير شيء على ما قلنا) أن التأخير عنده يوجب الدم خلافا لهما . هذا تقرير المسألة على ما عليه أصل رواية الجامع الصغير ، فإن محمدا قال فيه : قارن حلق قبل أن يذبح ، قال : عليه دمان : دم القران ، ودم آخر لأنه حلق قبل أن يذبح . يعني على قول أبي حنيفة ، وعلى هذا فما ذكره المصنف غير مطابق له لأنه قال : عليه دم بالخلق في غير أوانه لأن أوانه بعد الذبح ، ودم بتأخير الذبح عن الخلق ، وهذا كما ترى يشير إلى أنهما دما جناية ولم يذكر دم القران ، وقال وعندهما : يجب عليه دم واحد وهو الأول : يعني الذي يجب بالخلق في غير أوانه لأنه لم يذكر أولا سواه ، ولم يذكر أيضا دم القران ، ومع عدم مطابقتها فهو مناقض لقوله قبل هذا وقال لا شيء عليه في الوجهين جميعا إلى أن قال : والخلق قبل الذبح ، وعلى هذا كان الحق أن يقول : فعليه دمان عند أبي حنيفة :

(قوله وفيه نظر لأنها في أيام النحر مكروهة فكانت موقته) أقول : فيه أنها إذا كانت جائزة فيها لا تخرج من أن تكون وقتها (قوله وقوله بخلاف المكان ، إلى قوله : وإليه ذهب صاحب النهاية ، ويكون معناه لأنه موقت به عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله بناء على ما تقدم من الأصح ، ويجوز أن يكون متصلا بالخ) أقول : أنت خير بأنه ينبغي أن يكون المعنى على ما أفاده صاحب النهاية ، فإن المصنف لما بين الاختلاف في وقت الخلق في الحج بالزمان والمكان أراد أن يبين حال توقيته في العمرة بهما ، وعلى ما ذكره الشارح يبق توقيته بالمكان متروك الذكر هنا فتأمل (قال المصنف : فإن حلق القارن قبل أن يذبح فعليه دمان عند أبي حنيفة رحمه الله : دم بالخلق في غير أوانه الخ) أقول : قال الإتيان : قد خبط صاحب الهداية لأنه جعل الدمان جميعا هنا للجناية ، وجعل في باب القران أحدهما للشكر والآخر للجناية اهـ . ولنا أن يقول لا خبط إذ الواجب هناك دم الجناية على الإحرام بالخلق في غير أوانه ، وأما في تأخير الذبح فهو مخصص لا يجب به الدم عنده ، إذ القرض أنه لم يقدر على الهلئ ولهذا لم ينقل هناك الخلاف بين أئمتنا ، ولو كان الواجب دم جناية التأخير لكان لهما خلاف كما لا يخفى . فإن قلت : فكذلك في الجناية على الإحرام ؟ قلت : نعم ولكن بالكفارة كما في العيمن على المعصية ، وأما التأخير فإنه لما كان عمل الاختلاف كان أدون وأمره أهون ، فتأمل (قوله وعلى هذا فما ذكره المصنف غير مطابق له) أقول : بل مطابق له على رواية الصنبر الشهد (قوله ومع عدم مطابقتها فهو مناقض الخ) أقول : لا مناقضة ، إذ المعنى فيما سبق دم التأخير والذي أثبتته هنا دم الجناية على الإحرام فتأمل .

(فصل)

اعلم أن صيد البر محرّم على المحرم ، وصيد البحر حلال لقوله تعالى - أحل لكم صيد البحر - إلى آخر الآية . لأن أوانه بعد الذبيح ، ودم بتأخير الذبيح عن الحلق) هذا سهو من القلم بل أحد الدمين لمجموع التقديم والتأخير والآخر دم القران ، والدم الذى يجب عندهما دم القران ليس غير لا للحلق قبل أوانه ، ولو وجب ذلك لزم فى كل تقدم نسك على نسك دمان لأنه لا ينفك عن الأمرين ولا قائل به ، ولو وجب فى حلق القارن قبل الذبيح لوجب ثلاثة دماء فى تفريع من يقول إن إحرام عمرته انتهى بالوقوف ، وفى تفريع من لا يراه كما قدمنا خمسة دماء لأن جنايته على إحرامين والتقديم والتأخير جنايتان فيهما أربعة دماء ودم القران .

(فصل فى جزاء الصيد)

(قوله اعلم أن صيد البر محرّم النخ) أى قتله وإن لم يأكله وأكله وإن ذكاه المحرم . وعن هذا لو اضطر محرم إلى دم للقران ، ودم بتأخير الذبيح ، فكأنه سهو وقع منه أو من الكاتب ، ولا عيب فى السهو على الإنسان . فإن قيل : قد وقع فى عبارة بعض المشايخ : دم القران واجب إجماعاً ودم آخر بسبب الجناية على الإحرام لأن الحلق لا يجل إلا بعد الذبيح واجب أيضاً إجماعاً ، ودم آخر عند أبي حنيفة بسبب تأخير الذبيح عن الحلق فيجوز أن يكون المصنف قد اختار ذلك ولم يذكر دم القران من الجنايتين ، وإنما ذكر الآخر وأشار إليه بقوله وهو الأول وذكر المختلف فيه . قلت : يأباه قوله فيما تقدم ، وقال لا شيء عليه فى الوجهين ، فإنه تصريح بأنهما لا يقولان فى هذه الصورة بوجود شيء يتعلق بالكفارة أصلاً ، على أنه مخالف لما هو الأصل فى وضع هذه المسألة وهو الجامع الصغير لمحمد رحمه الله . فإن قيل : فعلى ما ذكره محمد يجب عليه ثلاثة دماء لأن جناية القارن مضمونة بالدمين وهو اعتراض الإمام المحبوبي . فالجواب أن ما يجب على المفرد فيه دم فعلى القارن دمان ، ولو قدم المفرد الحلق على الذبيح لم يجب عليه شيء فلا يتضاعف على القارن .

(فصل)

لما كانت الحماية على الإحرام بالصيد نوعاً آخر فصل عما قبله فى فصل على حدة (الصيد هو الحيوان الممتنع المتوحش فى أصل الخلقة) فقوله الحيوان بمنزلة الجنس . وقوله الممتنع وهو الذى يمنع نفسه عن قطعه إما بقوائمه أو بمخاضه يخرج الحيوانات الأهلية كالبقرة والغنم ونحوهما والدجاج والبط . وقوله المتوحش فى أصل الخلقة يدخل فيه الحمام المسرول والظبي المستأنس ، وتخرج الإبل المتوحشة لأن الاستئناس فى الأول والتوحش فى الثانى عارضى لا معتبر به ، وهو على نوعين : برى وهو ما يكون مولده ومثواه فى البر ، وبحرى وهو ما يكون مولده ومثواه فى الماء ، والاعتبار للمولد لأنه الأصل ، فالبط والإوز برى لأن مولدهما البر ، والضفدع بحرى لأن مولده البحر (وصيد البحر حلال للمحرم) سواء كان مأكولاً أو لم يكن (وصيد البر محرّم عليه لقوله تعالى - أحل لكم صيد البحر - الآية .

(قوله ودم آخر ، إلى قوله : واجب أيضاً) أقول : قوله دم مبتدأ وقوله واجب خبره (قوله فإنه تصريح بأنهما لا يقولان فى هذه الصورة بوجود شيء يتعلق بالكفارة أصلاً النخ) أقول : لأنسلم ذلك ، بل المراد لا يجب شيء بسبب تأخير النفس إذ كان الكلام فيه (قوله لم يجب عليه شيء) أقول : فيه بحث ، فإنه إنما لم يجب عليه شيء لأنه لا جناية منه على إحرامه لعدم توقفت الحلق فى حقه بكونه قبل الذبيح ، وأما القارن فليس كذلك ، والأولى أن يقال فى الجواب : إنه لم يحن إلا على إحرام الحج لفراغه عن أفعال العمرة فيلزمه دم واحد فتأمل .

(فصل) اعلم أن صيد البر

وصيد البرّ ما يكون توالده ومثواه في البر ، وصيد البحر ما يكون توالده ومثواه في الماء . والصيد هو الممتنع المتوحش في أصل الحلقة ، واستثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمس الفواسق وهي : الكلب العقور . والذئب ، والحدأة ، والغراب ، والحية ، والعقرب . فلها مبتدئات بالأذى . والمراد به الغراب الذي يأكل

أكل الميتة أو الصيد يأكل الميتة لا الصيد على قول زفر لتعدد جهات حرمة عليه . وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله يتناول الصيد ويؤدى الجزاء لأن حرمة الميتة أغلظ : ألا ترى أن حرمة الصيد ترتفع بالخروج من الإحرام فهي مؤقتة ، بخلاف حرمة الميتة فعليه أن يقصد أخف الحرمتين دون أغلظهما . والصيد وإن كان محظور الإحرام لكن عند الضرورة يرتفع الخطر فيقتله ويأكل منه ويؤدى الجزاء . هكذا في المبسوط . وفي فتاوى قاضيه خان أن المحرم إذا اضطر إلى ميتة وصيد فالميتة أولى في قول أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف والحسن : يذبح الصيد . ولو كان الصيد مذبوحة فالصيد أولى عند الكل . ولو وجد صيدا ولحم آدمي كان ذبح الصيد أولى . ولو وجد صيدا وكلبا فالكلب أولى لأن في الصيد ارتكاب المحظورين . وعن محمد : الصيد أولى من لحم الخنزير . ففي هذا خلاف ما ذكرناه من المبسوط (قوله وصيد البرّ الخ) ليس ما ذكره تعريفا لصيد البر بل للبرى من الأشياء . ومراده تعريف البرى مطلقا ثم الصيد مطلقا فيعرف منهما صيد البر ولذا أفرد بعده الصيد فقال : والصيد هو الممتنع الخ فينتظم منهما تعريف صيد البر . هكذا هو ما توالده ومثواه في البر مما هو ممتنع لتوحشه الكائن في أصل الحلقة ، ، فيدخل الطي المستأنس ويخرج البعير والشاة المتوحشان لعروض الوصف لهما ، وكون ذكاة الطي المستأنس بالذبح والأهلي المتوحش بالعقر لا ينافيه . لأن الذكاة بالذبح والعقر دائران مع الإمكان وعدمه لامع الصيدية وعدمها : ويخرج الكلب لأنه ليس بصيد سواء كان أهليا أو وحشيا ، لأن الكلب أهلي في الأصل ، لكن ربما يتوحش ، وكذا السنور الأهلي ليس بصيد لأنه مستأنس . أما البرى منه فقيه روايتان عن أبي حنيفة هذا . والمعول عليه في كونه برى وبحريا التوالد في البر والبحر لا مع كون مثواه فيه كظاهر عبارة الكتاب ، كذا في النهاية . وعلى اعتباره لا يجب الجزاء بقتل كلب الماء والضفدع المائي لأنه يعيش في البر وهو مائي المولد . واختلف في أنه هل يباح كل ما كان من صيد البحر أو ما يحل أكله منه فقط ؟ ففي المحيط : كل ما يعيش في الماء يحل قتله وصيده للمحرم اهـ . قال بعضهم : كالسمك والضفدع والسرطان وكتب الماء . وفي مناسك الكرماني : الذي يرخص من صيد البحر للمحرم هو السمك خاصة ، والأصح هو الأول لأن قوله تعالى - أحل

واستثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم) أى بين عدم دخولها في الآية لأن حقيقة الاستثناء لا تنصوّ ، ولكنه لما كان عندنا لبيان أنه لم يدخل استعارة له (الخمس الفواسق وهي : الكلب العقور والذئب والحدأة والغراب والحية والعقرب) على ما ذكر في الكتاب ، وهي ستة ، وسيأتى العذر عن ذلك ، وسميت فواسق استعارة لخبيث ، وقيل لخروجهن من الحرمة لابتدائهن بالأذى : ولما كان مشهورا جازت الزيادة به على الكتاب . ولا فرق في الصيد بين المملوك والمباح والمأكول وغيره لتناول اسم الصيد ذلك كله .

(قال المصنف : وصيد البر ما يكون توالده الخ) أقول : الموصول عبارة عن الصيد فلا يلزم عموم التعريف عن المعروف (قوله إما بقوامه أو بجنائحه) أقول : فيخرج مثل السمك (قوله أى بين عدم دخولها إلى قوله استعارة له) أقول : ويجوز أن يكون استثنى بمعنى أظهر الاستثناء ، إذ يجوز أن يستثنى الله تعالى بوحى غير متلو فيظهره صلى الله عليه وسلم (قوله وسيأتى العذر عن ذلك) أقول : لا يصلح ما ذكره عنرا على ما يشير إليه ، ويذكر العذر الصحيح إن شاء الله تعالى (قوله وقيل لخروجهن الخ) أقول : فإن العذر بمعنى الخروج .

الجفيف . هو المروى عن أبي يوسف رحمه الله . قال (وإذا قتل المحرم صيدا أودل عليه من قتله فعليه الجزاء) أما القتل فلقوله تعالى - لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء - الآية نص على إيجاب الجزاء . وأما

لكم صيد البحر وطعامه - يتناول بحقيقته عموم ما في البحر . وفي البدائع : أما صيد البحر فيحل اصطياؤه للحلال والمحرم جميعا مأكولا أو غير مأكول ، واستدل بالآية . وأما ما في الأصل من قوله : والذي رخص للمحرم من صيد البحر هو السمك خاصة ، فأما طير البحر فلا يرخص فيه للمحرم ، فقد شرحه في المبسوط بما يفيد تعميم الإباحة ، وأن المراد ما يقابل المائي بالسمك ، فالضفدع جعله شمس الأئمة في المبسوط من صيد البحر مطلقا ، وكذا قاضيخان . وينبغي قبل الحكم بالحل بناء على أن مولده في البحر وإن كان يعيش في البر بتحقيق ذلك ، ومثله السرطان والتمساح والسحفاة هذا . ويستثنى من صيد البر بعضه كالذئب والغراب والحدأة ، وأما باقي القواسق فليست بصيود . وأما باقي السباع فالمنصوص عليه في ظاهر الرواية أنه يجب بقتلها الجزاء لا يجوز شاة إن ابتدأها المحرم ، فإن ابتدأته بالأذى فقتلها فلا شيء عليه ، وذلك كالأسد والفهد والنمر والصقر والبازي . وأما صاحب البدائع فقسم البري إلى مأكول وغيره ، والثاني إلى ما يتدنى بالأذى غالبا كالأسد والذئب والنمر والفهد ، وإلى ما ليس كذلك كالضبع والثعلب ، فلا يحل قتل الأول والأخير إلا أن يصول . ويحل قتل الثاني ولا شيء فيه وإن لم يوصل . وجعل ورود النص في القواسق ورودا فيها دلالة ، ولم يحك خلافا بل ذكره حكما مبتدأ مسكوتا فيه ، ثم رأيناه رواية عن أبي يوسف . قال في فتاوى قاضيخان : وعن أبي يوسف الأسد بمنزلة الذئب ، وفي ظاهر الرواية السباع كلها صيد إلا الكلب والذئب اهـ . وسندكر إن شاء الله تعالى ما هو الأسعد بالوجه فيما يأتي هذا ، ولا فرق في وجوب الجزاء بين المباشرة والتسبيب إذا كان متعليا فيه ، فلو نصب شبكة للصيد أو حفر للصيد حفيرة فغطب صيد ضمن لأنه متعد . ولو نصب فسطاطا لنفسه فتعقل به فمات ، أو حفر حفيرة للماء أو حيوان مباح قتله كالذئب فغطب فيها لا شيء عليه ، وكذا لو أرسل كلبه على حيوان مباح فأخذ ما يحرم أو أرسله إلى صيد في الحل وهو حلال فجاوز إلى الحرم فقتل صيدا لا شيء عليه لأنه غير متعد في التسبيب ، وكذا لو طرد الصيد حتى أدخله في الحرم فقتله فيه فلا شيء عليه ، ولا يشبه هذا الرمي : يعني لو رمى إلى صيد في الحل فأصابه في الحرم فإن عليه الجزاء لأنه تمت جنايته بالمباشرة . قال الشهيد : وهو قول أبي حنيفة فيما أعلم ، وفيه كلام نذكره في صيد الحرم إن شاء الله تعالى . ولا ما لو انقلب محرم نائم على صيد فقتله يجب عليه الجزاء ، ذكره في المحيط

قال (وإذا قتل المحرم صيدا أو دل عليه من قتله فعليه الجزاء) أما القتل فلما ذكره في الكتاب وهو واضح ، وأما الدلالة فعلى القسمة العقلية أربعة أقسام : إما أن يكون الدال والمدلول حلالين أو محرمين ، أو الدال حلالا والمدلول محرما أو بالعكس من ذلك . والأول ليس مما نحن فيه ، والثاني على كل واحد منهما فيه جزاء كامل عندنا ، وفي الثالث على المدلول الجزاء دون الدال كذلك ، وفي الرابع عكسه . وقال الشافعي رحمه الله : لا شيء على الدال

(قال المصنف : فلقوله تعالى - لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم - الآية) أقول : قال الله تعالى - يأيتها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ، ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكمية ، أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما ليؤق وبال أمره عفا الله عما سلف ، ومن عاد فينتقم الله منه والله عزيز ذو انتقام - قال في تفسير المدارك : قوله تعالى - هديا - حال من الماء في به : أي يحكم به في حال الهدى اهـ . ونحن نقول : ينبغي أن يكون حالا مقدرة : أي صائرا هديا ، وقوله أو كفارة معطوف على جزاء .

الدلالة ففيها خلاف الشافعي رحمه الله . هو يقول : الجزء تعلق بالقتل والدلالة ليست بقتل ، فأشبه دلالة الحلال حلالا . ولنا ما رويناه من حديث أبي قتادة رضي الله عنه .

لأن المباشرة لا يشترط فيها عدم التعلی ١ ومثله الكلب لو زجره بعد ما دخل الحرم وجب عليه الجزء استحسانا ، ومثله لو أرسل محوسى كلبا على صيد فزجره محرم فانزجر فقتل الصيد فعليه جزاؤه ولا يؤكل . واعلم أن الجزء يتعدد بتعدد المقتول إلا إذا قصد به التحلل ورفض لإحرامه في الأصل . ولو أصاب المحرم صيدا كثيرا على قصد الإحلال والرفض لإحرامه فعليه لذلك كله دم . وقال الشافعي : عليه جزء كل صيد لأنه مرتكب محظور لإحرامه بقتل كل واحد فيلزمه موجب كل واحد كما لو لم يقصد رفض الإحرام ، وهذا لأن قصده هذا ليس بشيء لأنه لا يرتفع به الإحرام فوجوده كعدمه . وقلنا إن قتل الصيد من محظورات الإحرام ، وارتكاب محظورات العبادة يوجب ارتفاضها كالصوم والصلاة ، إلا أن الشرع جعل الإحرام لازما لا يخرج عنه إلا بأداء الأعمال ، ألا ترى أنه حين لم يكن في الابتداء لازما كان يرتفع بارتكاب المحظور ، وكذا الأمة إذا أحرمت بغير إذن سيدها والمرأة إذا أحرمت بغير إذن زوجها بحجة التطوع لما لم يكن ذلك لازما في حق الزوج كان له أن يحلها بفعل شيء من المحظورات فكان هو في قتل الصيد هنا قاصدا إلى تعجيل الإحلال إلى الجنابة على الإحرام ، وتعجيل الإحلال يوجب دما واحدا كما في المحصر ، بخلاف ما إذا لم يكن على قصد الإحلال لأنه قصد الجنابة على الإحرام بقتل كل صيد فيلزمه جزء كل صيد . وقد بينا أن جزء الصيد في حق المحرم ينبنى على قصده . حتى إن ضارب القسط لا يكون ضامنا للجزاء ، بخلاف ناصب الشبكة . وكذا في المبسوط . ولو رى إلى صيد فتعلی إلى آخر فقتلها وجب عليه قيمتها ، وكذا لو اضطرب بالسهم فوق على بيضة أو فرخ فأتلقتها لزمها جميعا . وروى أن جماعة نزلوا بيتا بمكة ثم خرجوا إلى منى فأمرؤا أحدهم أن يغلق الباب وفيه حمام من الطيور وغيرها ، فلما رجعوا وجلوها ماتت عطشا ، فعلى كل واحد منهم جزاؤها لأن الأمرين تسبوا بالأمر والمغلق بالإغلاق . ولو نفر صيدا فقتل صيدا آخر ضمنهما ، وكذا لو أرسل محرم كلبه فزجره آخر ضمن (قوله فأشبه دلالة الحلال حلالا) كون المدلول حلالا اتفاقا ، والمراد أشبه دلالة الحلال على صيد الحرم غيره حلالا أو محرما فإنه استحق الأمن بحلوله في الحرم كما استحق الصيد مطلقا الأمن بالإحرام . فكما أن تفويت الأمن المستحق بالحرم لا يوجب الجزء كذا تفويت المستحق بالإحرام لا يوجب (قوله ولنا ما رويناه من حديث أبي قتادة) أي في باب الإحرام ، وتقدم تخريجه من الصحيحين وغيرهما وليس فيه هل دلتهم بل قال عليه الصلاة والسلام « هل منكم أحد أمره أن يحمل أصلا لأن الجزء يتعلق بالقتل بالنص (والدلالة ليست بقتل فأشبه دلالة الحلال حلالا) وقوله حلالا ليس بقتل فإن المدلول إن كان محرما فالحكم كذلك (ولنا ما رويناه من حديث أبي قتادة) رضي الله عنه « هل دلتهم عليه ؟ هل

أصلا لأن الجزء يتعلق بالقتل بالنص (والدلالة ليست بقتل فأشبه دلالة الحلال حلالا) وقوله حلالا ليس بقتل فإن المدلول إن كان محرما فالحكم كذلك (ولنا ما رويناه من حديث أبي قتادة) رضي الله عنه « هل دلتهم عليه ؟ هل

وقوله طعام بدل من كفارة أو خبر مبتدل مخوف : أي هي طعام ، وقوله صياما تمييز العدل (قال المصنف : فأشبه دلالة الحلال حلالا) أقول : قال ابن القيم : كون المدلول حلالا اتفاقا ، والمراد أشبه دلالة الحلال على صيد الحرم غيره حلالا كان أو محرما فإنه استحق الأمن بحلوله في الحرم كما استحق الصيد مطلقا الأمن بالإحرام ، فكما أن تفويت الأمن المستحق بالحرم لا يوجب الجزء كذا تفويت المستحق بالإحرام لا يوجب . والوجه عندي أن قوله والذئب عطف تفسيرى للكلب العقور ترجيحاً لقول من قال المراد بالكلب العقور الذئب كما سيجي . ووجه أنه ليس بصيد فلا يحتاج إلى الاستثناء فتأمل (قال المصنف : ولنا ما رويناه من حديث أبي قتادة رضي الله عنه) أقول : أي في باب

(١) (قوله عدم التعلی) كذا في النسخ ، ويظهر أن الصواب حذف لفظ عدم . كذا بخط العلامة البهراوى حفظه الله ، كتبه مصححه .

وقال عطاء رحمه الله : أجمع الناس على أن على الدال الجزاء ، ولأن الدلالة من محظورات الإحرام ولأنه تفويت الأمن على الصيد إذ هو آمن بتوحشه وتواريه فصار كالإتلاف ، ولأن المحرم بإحرامه التزم الامتناع عن التعرض فيضمن بترك ما التزمه كالمودع

عليها أو أشار إليها ؟ قالوا لا ، قال : فكلوا ما بقي من لحمها » وجه الاستدلال به على هذا أنه علق الحل على عدم الإشارة ، وهي تحصل الدلالة بغير اللسان فأحرى أن لا يحل إذا دل باللفظ فقال هناك صيد ونحوه . قالوا : الثابت بالحديث حرمة اللحم على المحرم إذا دل . قلنا : فيثبت أن الدلالة من محظورات الإحرام بطريق الالتزام لحرمة اللحم فيثبت أنه محظور لإحرام هو جنابة على الصيد فنقول حينئذ : إنه جنابة على الصيد بتفويت الأمن على وجه اتصال قتله عنها ففيه الجزاء كالقتل ، وهذا هو القياس الذي ذكره المصنف بعد ذلك فلا يحسن عطفه على الحديث لأن الحديث لم يثبت الحكم المتنازع فيه وهو وجوب الكفارة بل محل الحكم ، ثم ثبوت الوجوب المذكور في المحل إنما هو بالقياس على القتل . وعن هذا الوجه والقياس الآخر الذي سند كره وهو إلحاق الدال بالمودع . وقول عطاء : أجمع الناس على أن على الدال الجزاء وليس الناس إذا دل إلا الصحابة والتابعين يجب أن يحمل ما عن ابن عمر أن لا جزاء على الدال على دال لم يقع عن دلالة قتل دفعا لتوهم أن مجرد الدلالة موجبة للجزاء . هذا وحديث عطاء غريب ، وذكره ابن قدامة في المغني عن علي وابن عباس ، على أن قول الطحاوي هو مروى عن عدة من الصحابة رضى الله عنهم ، ولم يرو عن غيرهم خلافة فكان إجماعا يتضمن رد الرواية عن ابن عمر (قوله كالمودع) هذا هو القياس الآخر . وتقريره التزم عدم التعرض للصيد بعقد خاص فيضمن ما تلف عن ترك ما التزمه ، كالمودع فإنه التزم الحفظ كذلك فيضمن لو دل سارقا على الوديعة فسرقها ، بخلاف الحلال الذي قاس هو عليه لأنه لم يلتزم عدم التعرض لصيد الحرم ولأن المسلم بعقد خاص بل بعموم حكم الإسلام ، وترك ذلك

أشترم إليه على ما تقدم في باب الإحرام فإنه يدل على أن الدلالة من محظورات الإحرام. فإن قيل : خبر واحد لا يقاوم النص الصريح . قلت : ما تقدم في النص ذكر القتل وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه والحديث يدل على ذلك فيثبت الحكم به (وقال عطاء) هو ابن أبي رباح تلميذ ابن عباس رضى الله عنهما (أجمع الناس على أن على الدال الجزاء) قال الطحاوي : ولم يرو عن أحد من الصحابة خلاف ذلك فصار ذلك إجماعا . ورد بأنه روى عن ابن عمر رضى الله عنهما : ليس على الدال الجزاء . وأجيب بأنه ليس بثابت ، ولئن كان حمل على ما إذا دل ولم يقتله المدلول فإن الإجماع فيما إذا قتله فكان كلامه غير متعرض لمحل الإجماع (ولأن الدلالة من محظورات الإحرام) والإقدام عليها يوجب الجزاء لا محالة (ولأنه) أى الدلالة ، وذكر الضمير نظرا إلى الخبر وهو (تفويت الأمن من الصيد) أى الدلالة تفويت الأمن من الصيد (لأنه آمن بتوحشه) من الناس (وتواريه) عن أعينهم ، وبالدلالة يزول ذلك (فصارت كالإتلاف) وقوله (ولأن المحرم) دليل آخر يتضمن الجواب عن قول الخصم فأشبه دلالة الحلال . وتقريره أن المحرم بإحرامه التزم الامتناع عن التعرض لأنه عقد خاص يتضمن

الإحرام ، وفيه أنه لا يدل على الجزاء الخ (قوله فإنه يدل على أن الدلالة الخ) أقول : المقصود بالإثبات إنما هو وجوب الجزاء على هذا التفصيل الواقع في النظم لا مجرد كونه من محظورات الإحرام (قوله ولأن الدلالة من محظورات الإحرام الخ) أقول : جعل كل واحد من قول المصنف ولأن الدلالة الخ ولأنه تفويت الأمن الخ إشارة إلى دليل مستقل على المطلوب ، ولا يخفى عليك وعنه فإن الإقدام على محظور الإحرام لا يوجب الجزاء الذي نحن بصدد إثباته ألينة فلا بد من بيان كون هذا المحظور في معنى الإتلاف حتى يتم المرام ، ويؤيد كون الثاني من تمة الأول ترك الامتثال فيه في كلام المصنف (قوله وذكر الضمير نظرا إلى الخبر وهو تفويت الأمن من الصيد) أقول : أوتكون

بخلاف الحلال لأنه لا التزام من جهته . على أن فيه الجزاء على ماروى عن أبي يوسف وزفر رحمهما الله ، والدلالة الموجبة للجزاء أن لا يكون المدلول عالماً بمكان الصيد وأن يصدقه في الدلالة ، حتى لو كذبه وصدق غيره لاضمان على المكذب (ولو كان الدال حلالاً في الحرم لم يكن عليه شيء) لما قلنا (وسواء في ذلك العامد والناسي) لأنه ضمان يعتمد وجوبه الإتلاف

يوجب استحقاق عذاب الآخرة . فلهذا لو دل سارقاً على مال مسلم أو نفسه فقتله تأخر جزاؤه الأعظم إلى الآخرة . ويعزّر في الدنيا من غير تضمين وإن كانت جنايته أعظم من دلالة المحرم على الصيد (قوله لاضمان على المكذب) يفيد لزوم الضمان على المصدق . وفي الكافي : لو أخبر محرماً بصيد فلم يره حتى أبصره محرماً آخر فلم يصدق الأول ولم يكذبه ثم طلب الصيد فقتله كان على كل واحد منهما الجزاء . ولو كذب الأول لم يكن عليه جزاء . ومن شرائطها أيضاً أن يتصل بها القتل . وأن يبقى الدال محرماً إلى أن يقتله الآخذ ، وأن لا ينفلت ، فلو انفلت ثم أخذه فلا شيء على الدال لانتهاء دلالة بالانفلات والأخذ ثانياً لإنشاء لم يكن عن عين تلك الدلالة . ولو أمره بقتله بعدما أخذه ينبغي أن يضمن . وعلى هذا إذا أعاره سكيناً ليقتل بها وليس مع الآخذ ما يقتله به أو قوساً أو نشاباً يرميه به ، وقد قدمنا من روايات الحديث في باب الإحرام عند مسلم هل أعنتم ، ولا شك أن إعاره السكين إعانة عليه . وما في الأصل من أنه لا جزاء على صاحب السكين حمل على ما إذا كان المستعير يقدر على ذبحه بغيرها ، وصرح في السير بأن على صاحب السكين الجزاء ، وكذا لو دل على قوس ونشاب من رآه ولا يقدر على قتله لبعده . واعلم أن صريح عبارة الأصل في الإعارة أنه لا جزاء على صاحب السكين ويكره له ذلك . قل شمس الأئمة في المبسوط : أكثر مشايخنا يقولون تأويل هذه المسألة أنه إذا كان مع المحرم القاتل سلاح يقتل به لأنه ممكن من قتله ، فأما

ذلك شرعاً ، والدلالة مباشرة لخلاف ما التزم وذلك يوجب الضمان كدلالة المودع السارق على الوديعة (بخلاف الحلال) فإنه لم يلتزم شيئاً (على أن فيه) أي فيما إذا دل الحلال على صيد المحرم (الجزاء على ماروى عن أبي يوسف وزفر رحمهما الله ، والدلالة الموجبة للجزاء أن لا يكون المدلول عالماً بمكان الصيد) لأنه إذا علمه لم يكن زوال الأمان بدلالته فلا يكون في معنى الإتلاف (وأن يصدقه في الدلالة) ليكون في معنى الإتلاف (أما إذا كذبه وصدق غيره فلا ضمان على المكذب) وفيه إشارة إلى أن الضمان على ذلك الغير إن كان محرماً ، وههنا شروط آخر لم يذكرها : أحدها أن يتصل القتل بهذه الدلالة لأن مجرد الدلالة لا يوجب شيئاً . والثاني أن يبقى الدال محرماً عند أخذ المدلول لأن فعله إنما يتم جناية إذا بقي محرماً إلى وقت القتل . والثالث أن يأخذه المدلول قبل أن ينفلت . فلو صدقه ولم يقتله حتى انفلت ثم أخذه بعد ذلك فقتله لم يكن على الدال شيء لأن ذلك بمنزلة جرح اندمل (ولو كان الدال حلالاً في الحرم لم يكن عليه شيء لما قلنا) إنه لا التزام من جهته . فإن قيل : بل من جهته التزم بعقد الإسلام أن لا يتعرض لصيد الحرم . أجب بأن عقد الإسلام ليس بكاف في ذلك . بل لابد من عقد خاص كما في عقد الوديعة . ألا ترى أن المسلم التزم بعقد الإسلام أن لا يتعرض لأموال الناس ، ثم لو دل سارقاً على مال إنسان فأخذه لا ضمان على الدال (والعامد والناسي في وجوب الجزاء سواء) كانا قاتلين أو دالين (لأنه ضمان يعتمد وجوبه الإتلاف) لقوله تعالى : ومن قتله منكم - وكل ضمان يعتمد وجوبه الإتلاف فالعامد فيه كالناسي كما في غرامات الأموال . فإن قيل :

الدلالة في تأويل أن مع الفعل (قوله والثالث أن يأخذه المدلول) أقول : والأول أن يقال أن يقتله المدلول .

فأشبهه غرامات الأموال (والمبتدئ والعائد سواء) لأن الموجب لا يختلف

إذا لم يكن معه ما يقتل به ينبغي أن يجب الجزاء لأن التمكن بإعارته له، وإلى هذا أشار في السير. قال شمس الأئمة والأصح عندي أنه لا يجب الجزاء على المعير على كل حال لوجهين حاصل الأول أن معنى الصيدية تلف بأخذ المستعير للصيد فأخذه قتل حكماً ثم يقتله حقيقة، وإعارة السكين ليس بإتلاف حقيقة ولا حكماً، بخلاف الدلالة فإنه إتلاف لمعنى الصيدية من وجه حيث أعلم به من لا يقدر الصيد على الامتناع منه. والثاني أن إعارة السكين تتم بالسكين لا بالصيد فإنها صحيحة وإن لم يكن صيد إذ لا يتعين استعماله في قتل الصيد، بخلاف الإشارة إلى قتل الصيد فإنها متصلة بالصيد ليس فيها فائدة أخرى سوى ذلك، ولا يتم ذلك إلا بصيد هناك ولذا يتعلق وجوب الجزاء بها. ولو أمر المحرم غيره بأخذ صيد فأمر المأمور آخر فالجزاء على الأمر الثاني لأنه لم يتمثل أمر الأول لأنه لم يأمره بالأمر، بخلاف ما لو دل الأول على الصيد وأمره فأمر الثاني ثالثاً بالقتل حيث يجب الجزاء على الثلاثة، وكذا الإرسال؛ فلو أرسل محرم محرم إلى محرم يده على صيد فقتله المرسل إليه فعلى كل من الثلاثة الجزاء. وعن أبي يوسف: لو قال خلف هذا الحائط ضيّد فإذا صيد كثير فأخذه ضمن الدال كله، فلو رأى واحداً فدل عليه فإذا عنده آخر فقتلهما المدلول كان على الدال جزاء الأول فقط. كما لو دله على واحد تنصيصاً والباقي بحاله، ولو قال خذ أحد هذين وهويراهما فقتلهما كان على الدال جزاء واحد، وإن كان لا يراهما فعليه جزاءان لأنه بالأمر بأخذ أحدهما دال على الآخر لما لم يعلم المأمور بهما (قوله فأشبهه غرامات الأموال) من حيث أن الضمان يدور

ليس هذا كغرامات الأموال: ألا ترى أن رجلين لو اشتركا في إتلاف شاة الغير كان على كل منهما نصف القيمة، وإن اشتركا في قتل صيد كان على كل واحد منهما جزاء كامل. فالجواب أن مناط الإلحاق مدار به الإتلاف للضمان وقد وجدت، والاتحاد في جميع الجهات يرفع التعدد ويبطل القياس. فإن قيل: هذا تعليل على مخالفة النص القاطع لقوله تعالى - ومن قتلته منكم متعمداً - نص على التعمد وهو يخالف النسيان، فالجواب أن التخصيص بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه فجاز أن يثبت حكم النسيان بدليل آخر وهو قوله صلى الله عليه وسلم «الضبيّ صيد وفيه شاة» من غير فصل بين عمد ونسيان، وهو مذهب عمر وعبد الرحمن بن عوف وسعد ابن أبي وقاص رضي الله عنهم. فإن قيل: فما فائدة قوله متعمداً؟ أجيب بأنها التنبيه لأن الدلالة قد قامت على أن صفة التعمد في القتل تمنع وجوب الكفارة فأعلم الله تعالى ههنا بأنها إذا وجبت في العمد فلا تنجب في الخطأ أولى (والمبتدئ والعائد) في وجوب الكفارة (سواء) لأن العلة الموجبة كما وجدت ابتداء فقد وجدت انتهاء في المرة الثانية، فلو تخلف الحكم عنه بطلت. فإن قيل: قال الله تعالى - ومن عاد فينتقم الله منه - جعل كل جزائه بالقاء انتقام الله فلا يكون له منه موجب سواء كما عرف، فالجواب أن هذا متمسكاً بعباس وداود الظاهري في أن موجب العائد أن يقال له اذهب فينتقم الله منك، ولكننا نقول: إن ذلك إذا عاد مستحلاً أو مستحقاً به كما في قوله تعالى في باب الربا - ومن عاد فأولئك أصحاب النار - الآية، وأما إذا لم يكن كذلك فعليه الجزاء عملاً بدلالة

(قوله فالجواب أن مناط الإلحاق، إل قوله: ويبطل القياس) أقول: فيه بحث (قوله فجاز أن يثبت حكم النسيان بدليل آخر وهو قوله صلى الله عليه وسلم) قول: وبالقياس المار أيضاً (قوله على أن صفة التعمد في القتل تمنع الخ) أقول: مسلم في الآدي، ولكن قتل البهيمة سيما إذا كان مباح الأصل لا يشبهه فلا يكون خطؤه أولى بها كما لا يخفى (قوله ولكننا نقول: إن ذلك إذا عاد مستحلاً أو مستحقاً به الخ) أقول: لما أن يقول: ما الدليل على هذا التقييد، ولم لا يجوز أن يكون العود متعمداً يمنع وجوب الكفارة لعظم الذنب وإلحاق العائد بالمبتدئ بالدلالة كإلحاق المخطئ

(والجزء عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن يقوم الصيد في المكان الذي قتل فيه أو في أقرب المواضع منه إذا كان في برية فيقومه ذوا عدل، ثم هو مخير في الفداء إن شاء ابتاع بها هديا وذبحه إن بلغت هديا، وإن شاء اشترى بها طعاما وتصدق على كل مسكين نصف صاع من بر أو صاعا من تمر أو شعير . وإن شاء صام) على ما ذكر . وقال محمد والشافعي : يجب في الصيد النظير فيما له نظير ، ففي الطهي شاة . وفي الضبع شاة . وفي الأرنب عناق ،

مع الإلتلاف غير مقيد بالعمد لأمطلقا ، فإن هذا الضمان يتأدى بالصوم (قوله وقال محمد والشافعي النخ) ذكر في النهاية أن الخلاف في فصول : الأول أن الواجب عندهما القيمة . وعند محمد والشافعي النظير فيما له نظير . الثاني أن الذي إلى الحكمين تقويم المقتول ، فإذا ظهرت قيمته فالحيار إلى القاتل بين أن يشتري بها هديا يهديه أو طعاما يتصدق به أو يصوم عن كل طعام مسكين يوما ، وعند محمد والشافعي إلى الحكمين . فإذا عينا نوعا لزمه اه . وقال غيره : الحيار في تعيين الهدى والإطعام والصيام إلى الحكمين . فإذا حكما بالهدى فالمتعبر فيما له مثل ونظير من حيث الحلقة ما هو مثله ففي الضبع شاة النخ . والحاصل أن المشايخ اختلفوا في تعيين قول محمد حكى الطحاوي عنه أن الحيار إلى الحكمين ، فإن حكما عليه بالهدى نظر القاتل إلى نظيره من النعم من حيث الحلقة إن كان الصيد مما له نظير سواء كانت قيمة نظيره مثل قيمته أو أقل أو أكثر لا ينظر إلى القيمة فيجب . وإن لم يكن له نظير كسائر الطيور تعتبر قيمته كما قالا . وحكى الكرخي قول محمد أن الحيار إلى القاتل غير أنه إن اختار الهدى تعين النظير فيما له نظير : وعند الشافعي يجب النظير ابتداء من غير اختيار أحد : وله أن يطعم ويكون الطعام بدلا عن النظير لاعتن الصيد كذا في البدائع . وعن زفر رحمه الله عدم جواز الصوم حالة القدرة على الهدى والإطعام ، قاسه على كفارة اليمين والظهار وهدى المتعة ، وقال حنبل «أو» لا ينفى الترتيب كما في قطاع الطريق : ودفع بأن شرط القياس عدم النص في الفرع ، والنص الكائن فيه يوجب التخيير بتحقيقه «أو» وإعمالها في موضع في مجازيها للدليل لا يجوز اعتبارها كذلك في كل موضع لعدم الدليل فيها (قوله ففي الأرنب عناق النخ) العناق : الأنثى من أولاد المعز ، والجلدى الذكر ، وهما دون الجذع ، والجفر : ما يبلغ أربعة أشهر من

النص . وقوله (والجزء عند أبي حنيفة وأبي يوسف أن يقوم الصيد) يعني يقومه ذوا عدل من حيث أنه صيد لامن حيث ما زاد عليه صنعة ، فإذا قتل المحرم بازيه المعلم فعليه قيمته غير معلم وطولب بالفرق بينه وبين ما إذا قتله لغيره فإنه يجب قيمته معلما . وأجيب بأن وجوب الجزء باعتبار معنى الصيدية وهو الوحش والتنفير عن الناس ، وكونه معلما لا مدخل له في ذلك بل ينتقص به ذلك فلا يدخل في الجزء . وأما وجوب القيمة في الإلتلاف فباعتبار المالية وهي بالانتفاع ، وذلك يزداد بكونه معلما فيدخل في الضمان . وإنما قيد بقوله صنعة لأنه إذا كانت الزيادة بأمر خلق كما إذا كان طير يصوت فازداد قيمته لذلك ففي اعتبار ذلك في الجزء روايتان : في رواية لا يعتبر لأنه ليس من معنى الصيدية في شيء . وفي أخرى يعتبر لأنه وصف ثابت بأصل الحلقة كالحمام إذا كان مطوقا ، وقوله (ثم هو) يعني القاتل (مخير في الفداء) ظاهر (وقال محمد والشافعي رحمهما الله : يجب في الصيد النظير فيما له نظير) أي في المنظر لا في القيمة (ففي الطهي شاة) ظاهر ، واستدلا على ذلك بقوله تعالى - فجزاء مثل ما قتل من النعم - ووجهه أن مثل المقتول من النعم ما يشبه المقتول صورة لأن من النعم بيان

بالمعتمد عندهما فإن المائد أعظم جرما من المبتلى ، ألا ترى أن الصغيرة بالإصرار تصير كبيرة (قال المصنف : والجزء عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن يقوم الصيد في المكان الذي قتل فيه) أقول : فيه تسامح لظهور أن الجزء ليس التقويم بل أحد الأشياء الثلاثة .

وفي اليربوع جفرة، وفي النعامة بدنة . وفي حمار الوحش بقرة لقوله تعالى - فجزاء مثل ماقتل من النعم - ومثله من النعم ما يشبه المقتول صورة لأن القيمة لا تكون نعما . والصحابة رضي الله عنهم أوجبوا النظر من حيث الحلقة والمتظر في النعامة والطبي وحمار الوحش والأرنب على ما بينا : وقال صلى الله عليه وسلم « الضبيع صيد وفيه شاة » وما ليس له نظير عند محمد رحمه الله يجب فيه القيمة مثل العصفور والحمام وأشباههما . وإذا وجبت القيمة كان قوله كقولهما . والشافعي رحمه الله يوجب في الحمامة شاة ويثبت المشابهة بينهما من حيث إن كل واحد منهما يعب ويهدر . ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن المثل المطلق هو المثل صورة ومعنى ، ولا يمكن الحمل عليه فحمل على

العناق ، والأثني جفرة بالجيم (قوله فلقوله تعالى - فجزاء مثل ماقتل من النعم -) بناء على حمل المثل على المماثل في الصورة، ولفظ - من النعم - بيان للجزاء أول المثل ، والقيمة ليست نعما ولذا أوجب الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين المثل من حيث الصورة في موطن مالك ، أخبرنا أبو الزبير عن جابر « أن عمر قضى في الضبيع بكبش ، وفي الغزال بعنز ، وفي الأرنب بعناق ، وفي اليربوع بجفرة » وروى الشافعي حديثا « أن عمر وعثمان وعليه وزيد بن ثابت وابن عباس ومعاوية رضوان الله عليهم قالوا : في النعامة يقتلها الحرم بدنة من الإبل ، وفيه ضعف وانقطاع ، فلذا قال عقيه : إنما نقول إن في النعامة بدنة بالقياس لا بهذا الأثر لأنه غير ثابت عند أهل العلم بالحديث اهـ . لكن أخرج البيهقي عن ابن عباس قال « في حمامة الحرم شاة ، وفي بيضتين ذرهم ، وفي النعامة جزور ، وفي البقرة بقرة ، وفي الحمار بقرة » (وقال صلى الله عليه وسلم « الضبيع صيد وفيه شاة ») رواه أبو داود عن جابر بن عبد الله قال « سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الضبيع أصيد هو ؟ قال نعم ، ويجعل فيه كبش إذا أصابه الحرم » وأخرجه أيضا الحاكم عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الضبيع صيد ، فإذا أصابه الحرم ففيه كبش مسن ويؤكل » وقال صحيح ، ولم يخرجاه (قوله ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن المثل المطلق هو المثل صورة ومعنى) وهو المشارك في النوع ، وهو غير مراد هنا بالإجماع ، فبقى أن يراد المثل معنى وهو القبمة ،

للمثل (والقيمة لا تكون نعما ، وبأن الصحابة رضي الله عنهم) وهم عمرو وعلي وعبد الله بن مسعود (أوجبوا النظر على ما بينا) يعني قوله في الطبي شاة وفي الضبيع شاة وفي اليربوع جفرة وهي التي بلغت أربعة أشهر النخ (وما ليس له نظير) من حيث الحلقة (مثل العصفور والحمام وما أشبههما يجب فيه القيمة عند محمد ، وإذا وجبت القيمة كان قوله كقول أبي حنيفة وأبي يوسف) والشافعي يعتبر المماثلة من حيث الصفات فأوجب في الحمام شاة لمشابهة بينهما (من حيث إن كل واحد منهما يعب ويهدر) العب من باب طلب : أي يشرب الماء بمرة من غير أن يقطع الجرع ، قاله أبو عمرو ، والحمام يشرب هكذا بخلاف سائر الطيور فإنها تشرب شيئا فشيئا ، ويقال هدر اليعير والحمام إذا صوت من باب ضرب (ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن) الله تعالى أطلق المثل و (المثل المطلق هو المثل صورة ومعنى ولا يمكن الحمل عليه) لخروج ما ليس له مثل صوري من تناول النص ، وفي ذلك إهماله عن حكم الشرع فحمل على المثل معنى لكونه معهودا في الشرع كما في حقوق العباد ، أو لكون المثل المعنوي مرادا بالإجماع فيما لا مثل له صورة فلا يكون غيره مرادا وإلا لزم عموم المشترك ، أو الجمع بين الحقيقة والحجاز وكلاهما غير جائز هذا ما قالوا . واعترض بأن المثل ليس بمشترك بين المثل صورة وبينه معنى ، ولا هو حقيقة في أحدهما

(قوله ولا يمكن الحمل عليه لخروج ما ليس له مثل) أقول : قيل لا يتناول النص حينئذ شيئا من الصيود لانتفاء المماثلة بين الحيوانات صورة ومعنى .

المثل معنى لكونه معهودا في الشرع كما في حقوق العباد أو لكونه مرادا بالإجماع ، أو لما فيه من التعميم ، وفي ضده التخصيص . والمراد بالنص والله أعلم : فجزاء قيمة ماقتل من النعم الوحشي . واسم النعم ينطلق على الوحشي والأهلي ؛ كذا قاله أبو عبيدة والأصمعي رحمهما الله . والمراد بما روى التقدير به دون إيجاب المعين .

وهذا لأن المعهود في الشرع في إطلاق لفظ المثل أن يراد المشارك في النوع أو القيمة . قال تعالى في ضمان العدوان - فن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم - والمراد الأعم منهما . أعني المماثل في النوع إذا كان المتلف مثليا والقيمة إذا كان قيميا بناء على أنه مشترك معنوي . والحيوانات من القيميات شرعا إهدارا للمماثلة الكائنة

بجواز في الآخر حتى يلزم ما ذكرتم ، بل هو مطلق يتناولهما كالرقبة تتناول المؤمنة والكافرة فيدخل تحته المثل المطلق الصوري والمعنوي كما في قوله تعالى - فن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم - دخل ماله مثل صورة ومعنى كما في المثليات ، وما ليس له مثل إلا معنى كالقيميات . والجواب أن المطلق ما يتعرض للذات دون الصفات لا بالنفي ولا بالإثبات فهو الدال على الماهية فقط وذلك يتحقق تحت كل فرد من أفرادها المحتملة ، فلو كان دالا على ذلك لوجب النعامة عن النعامة ، وليس كذلك بل هو حقيقة عرفية في المطلق وبجواز في غيره . والمجاز ههنا مراد بالإجماع فلا يكون غيره مرادا ، وبمثل ذلك نقول في الآية الأخرى ، أما على قول من يقول موجب الغصب القيمة ورد العين مخلص فظاهر لأن الموجب الأصلي أولى بالإرادة : ورد العين ثبت بقوله عليه الصلاة والسلام « على اليد ما أخذت حتى ترده » وأما على قول من يقول موجب الغصب رد العين وأداء القيمة مخلص فكذلك تكون القيمة ثابتة بالكتاب ورد العين بالسة ، وهذا الحل من خواص هذا الشرح وجهه المقل دموعه . وقوله (أولما فيه من التعميم) دليل آخر : يعني في اعتبار المثل معنى تعميم لأنه يتناول ماله نظير وما ليس له نظير (وفي ضده) أي في اعتبار المثل صورة (تخصيص) لتناوله ماله نظير فقط . والعمل بالتعميم أولى لكون النص حينئذ أعم فائدة . وقوله (والمراد بالنص) جواب عن قوله لأن القيمة لا تكون نعما . وتقديره أن المراد بالآية فجزاء هو قيمة ماقتل من النعم الوحشي لأن المثل بمعنى القيمة على ما بينا ، ومن النعم بيان لما قتل . والمراد من النعم النعم الوحشي لأن الجزاء إنما يجب بقتله لا بقتل الحيوان الأهلي . وقد ثبت أن النعم كما يطلق على الأهلي في اللغة يطلق على الوحشي ، قاله أبو عبيدة والأصمعي . فإن قيل : مات صنع بقوله هديا وهو حال من جزاء ، فإذا كان الجزاء القيمة كيف يمكن أن يكون هديا بالغ الكعبة ؟ أجيب بأن معناه إذا قوم فبلغت قيمته هديا بالغ الكعبة فالقاتل بالخيار بين الأمور الثلاثة (وقوله والمراد بما روى) جواب عن قوله قال عليه الصلاة والسلام « الضبيع صيد وفيه شاة » وعن أثر الصحابة : يعني أن إيجاب النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة رضي الله عنهم

(قوله دخل ماله مثل صورة ومعنى كما في المثليات الخ) أقول : المثلان هما الموجودان المشتركان في جميع الصفات انفسية ، وهما التي لا يحتاج في وصف الشيء بها إلى تعقل أمر زائد عليه ويقابلها الصفات المعنوية (قوله لا بالنفي ولا بالإثبات) أقول : كما بين في الأصول (قوله والمجاز ههنا مراد بالإجماع الخ) أقول : المعنى المجازي للفظ المثل يعنى المثل الصوري والمعنوي ، فلا يلزم عموم المشترك ولا الجمع بين الحقيقة والمجاز (قوله وبمثل ذلك نقول في الآية الأخرى الخ) أقول : الآية دلت على إيجاب الضمان بالمثل صورة ومعنى في غصب المثليات كما سيحى في كتاب الغصب ، وعلى إيجاب الضمان بالمثل معنى في غصب القيميات إذا هلك العين المغصوب كما اعترف به هنا فانظم لفظ المثل كليهما فورد الاعتراض ، ورد العين أمر آخر ليس من إيجاب ضمان المثل فتأمل (قوله فإن قيل ما تصنع بقوله هديا وهو حال من جزاء الخ) أقول : بل من الضمير في به فإن جزاء إما مبتدأ أو خبر ، والحال إنما يكون من الفاعل أو المفعول به على الأشهر (قوله أجيب بأن معناه الخ) أقول : لم يحصل ما ذكره الجواب عن السؤال ، والأولى أن يقال : قوله تعالى - هديا - حال مقدرة : أي صائر هديا بواسطة الشراء . أو إعطائه بدلا عنه

ثم الخيار إلى القاتل في أن يجعله هديا أو طعاما أو صوما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد والشافعي رحمهما الله : الخيار إلى الحكيم في ذلك ، فإن حكما بالهدى يجب النظر على ما ذكرنا ، وإن حكما بالطعام أو بالصيام فعلى ما قال أبو حنيفة وأبو يوسف . لهما أن التخيير شرع رفقا بمن عليه فيكون الخيار إليه كما في كفارة اليمين . ولحمد والشافعي قوله تعالى - يحكم به ذوا عدل منكم هديا - الآية ، ذكر الهدى منصوبا

في تمام الصورة فيها تغليباً للاختلاف الباطني بين أبناء نوع واحد، فما ظنك إذا انتفى المشاركة في النوع أيضا فلم يبق إلا مشاكلة في بعض الصورة كطول العتق والرجلين في النعامة مع البدنة ونحو ذلك في غيره ، فإذا حكم الشرع بانتفاء اعتبار المماثلة مع المشاكلة في تمام الصورة ولم يضمن المتلف بما شاركه في تمام نوعه بل بالمثل المعنوي فعند عدمها وكون المشاكلة في بعض الهيئة انتفاء الاعتبار أظهر ، إلا أن لا يمكن وذلك بأن لا يكون اللفظ محمل يمكن سواه ، فالواجب إذا عهد المراد بلفظ في الشرع وتردد فيه في موضع يصح حمله على ذلك المعهود وغيره أن يحمل على المعهود ؛ وما نحن فيه كذلك فوجب المصير إليه ، وأن يحمل حكم الصحابة بالنظر على أنه كان باعتبار تقدير المالية : أي بيان أن مالية المقتول كمالية الشاة الوسط لاعلى معنى أنه لا يجزى غيره . بئى أن يبين احتمال لفظ الآية لذلك ، وفيها قراءتان مشهورتان - ومن قتله منكم متعمدا فجزاء - مرفوع منون - مثل ما قتل من النعم - يرفع مثل ، والأخرى - فجزاء مثل - بإضافة الجزاء إلى مثل وهي إضافة بيانية فالمعنى واحد : أي فجزاء هو مثل ما قتل ومضمون الآية شرط وجزاء حذف منه المبتدأ بعد فاء الجزاء أو الخبر تقديره فالواجب عليه جزاء مثل ما قتل : أي قيمة ما قتل أو فعلية جزاء . ومن النعم بيان لما قتل أو للعائد إليها : أعنى المنسوب المحلوف أي ما قتل من النعم الوحشى ، والنعم يطلق عليه لغة كما يطلق على الأهلى فيتعلق بمحذوف لأنه في موضع الحال ، وقوله تعالى - يحكم به ذوا عدل منكم - جملة واقعة صفة لجزاء الذى هو القيمة أو مثل الذى هو هى ، لأن مثلا لا تعرف بالإضافة فجاز وصفها ووصف ما أضيف إليها بالجملة ، وهديا حال من ضمير به وهو الراجع إلى ما يجعل موصوفا منهما وهي حال مقدرة : أي صائرا هديا به وذلك في نفس الأمر بواسطة الشراء بها أو غير ذلك . وبالعكس - صفة لأن إضافته لفظية فتوصف به الذكرة - أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما - معطوفان على الجزاء لأنهما مرفوعان ، وتمام مؤدى التركيب على هذا ، فالواجب عليه جزاء هو قيمة ما قتل من النعم الوحشى يحكم به : أي بذلك الجزاء الذى هو القيمة عدلان حال كونه صائرا هديا بواسطة القيمة - أو كفارة طعام مساكين - إلى آخرها : أي الواجب أحد الأمرين من القيمة الصائرة هديا ومن الإطعام والصيام المبنيين على تعرف القيمة ، فقد

هذه النظائر لم يكن باعتبار أعيانها إذ لا مماثلة بين الضبيع والشاة خلقة ، وإنما كان باعتبار التقدير بالقيمة ، إلا أنهم كانوا أرباب المواشى فكان الأداء عليهم منها أيسر وهو نظير قول على رضى الله عنه في ولد المغرور : يفلك الغلام بالغلام والجارية بالجارية والمراد القيمة . قال (ثم الخيار إلى القاتل) يعنى إذا ظهر قيمة الصيد بحكم الحكيم وهي تبلغ هديا ، فالخيار (في أن يجعله هديا أو طعاما أو صوما) إلى القاتل (عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد والشافعي : الخيار إلى الحكيم) في تعيين أحد الأشياء (فإن حكما بالهدى يجب النظر على ما ذكرنا ، وإن حكما بالطعام أو الصيام فعلى ما قاله أبو حنيفة وأبو يوسف) يعنى من اعتبار القيمة من حيث المعنى (لهما) أي لأبي حنيفة وأبي يوسف (أن التخيير شرع رفقا بمن عليه فيكون الخيار إليه) ليرتفق بما يختار (كما في كفارة اليمين . ولحمد والشافعي قوله تعالى - يحكم به ذوا عدل منكم هديا - الآية) ووجه ذلك أنه ذكر الهدى منصوبا

لأنه تفسير لقوله تعالى - يحكم به - ومفعول لحكم الحكم، ثم ذكر الطعام والصيام بكلمة أو فيكون الخيار إليهما . قلنا : الكفارة عطف على الجزاء لا على الهدى بدليل أنه مرفوع . وكذا قوله تعالى - أو عدل ذلك صياما - مرفوع ، فلم يكن فيها دلالة اختيار الحكمين : وإنما يرجع إليهما في تقويم المثلث ثم الاختيار بعد ذلك إلى من عليه . ويقومان في المكان الذي أصابه لاختلاف القيم باختلاف الأماكن . فإن كان الموضع برا لا يباع فيه الصيد يعتبر أقرب

ظهر تأدّى المعنى الذى ذهبنا إليه من لفظة الآية من غير زيادة تكلف فيها . ويكون الحال مقدره كثير بشير . وهو وإن لم يلزم على تقدير المخالف فيها يلزم على تقديره في وصفها وهو بالغ الكعبة فإنه لا يصح حكمهما بالهدى موصوفا ببلوغه إلى الكعبة حال حكمهما به على التحقيق . بل المراد يحكمان به مقدر بلوغه . فلزوم التقدير ثابت غير أنه يختلف محله على الوجهين . ثم على كل تقدير لا دلالة للآية على أن الاختيار إلى الحكمين . بل الظاهر منها أنه إلى من عليه فإن مرجع ضمير المحذوف من الخبر أو متعلق المبتدأ إليه : أعني ما قدرناه من قولنا فالواجب عليه أو فعلية والله جلت عظمته أعلم (قوله لأنه تفسير لقوله تعالى - يحكم به -) ساء تفسيراً لأنه أزال الإبهام عنه في الجملة حتى ساء بعض تميزا لكونه حالا وكل حال تكشف عن إبهام في الجملة : أعني اعتبار أحوال ماهي له لهذا : ويقوم الصيد بما فيه من الحلقة لا بما زاده التعليم . فلو كان بازيا سيود أو حيا ما يجىء من بعيد قوم لا باعتبار الصبونية والحجىء من بعيد ، فإذا كان مملوكا كان عليه قيمته لما لكة يعتبر فيها ما يزيد التعليم وقيمته للجناية لا يعتبر فيها ذلك . أما لو كان قيمته زائدة لحسن تصويته في اعتبارها روايتان : في رواية لا تعتبر لأنه ليس من أصل الصيدية . وفي أخرى تعتبر لأنه ثابت بأصل الحلقة كالحمام المطوق ، أما في الغصب فيضمن بما يشترى به

تفسيرا لقوله - يحكم به -) فإن ضمير به مبهم ففسره بقوله هديا فكان نصبا على التفسير . وقيل أى التميز فثبت أن المثل إنما يصير هديا باختيارهما وحكمهما (أو مفعول لحكم الحكم) أى على أن يكون بدلا من الضمير محمولا على محله كما في قوله تعالى - قل إني هديا ربى إلى صراط مستقيم دينا قيا - وفي ذلك تنصيب على أن التعيين إلى الحكمين . ثم لما ثبت ذلك في الهدى ثبت في الطعام والصيام لعدم القائل بالفصل ولأنه عطفهما عليه (بكلمة أو) وهى للتخيير (فيكون الخيار إليهما) وفي توجيه هذا الكلام إشكال لأن ذكر الطعام والصيام بكلمة أو لا يفيد المطلوب إلا إذا كان كفارة منصوبا على ما هو قراءة عيسى بن عمر النحوى وهى شاذة . والشافعى لا يرى الاستدلال بالقراءة الشاذة لا من حيث إنه كتاب ولا من حيث إنه خبر كما عرف في الأصول . وقوله (قلنا) جواب عن استدلالهما . وتقريره أن الدليل إنما يصح أن لو كان كفارة معطوفة على هديا ، وليس كذلك لاختلاف إعرابهما . وإنما هى معطوفة على قوله فجاء بدليل أنه مرفوع (وكذلك قوله تعالى - أو عدل ذلك صياما - مرفوع فلم يكن في الآية دلالة اختيار الحكمين) في الطعام والصيام : وإذا لم يثبت الخيار فيهما للحكمين لم يثبت في الهدى لعدم القائل بالفصل (وإنما يرجع إليهما في تقويم المثلث) لا غير (ثم الاختيار بعد ذلك إلى من عليه) رفقا له (ويقومان) أى الحكمان (في المكان الذى أصابه) المحرم . قال شيخ الإسلام : وكذا يعتبر الزمان الذى أصابه فيه لاختلاف القيم باختلاف الأماكن والأزمان . وقوله (فإن كان الموضع برا) ظاهر .

(قوله وقيل : أى التميز) أقول : يعنى الإتيان (قوله فلم يكن في الآية دلالة اختيار الحكمين الخ) أقول : فإن قلت : عدم الدلالة لا يستلزم الدلالة على العدم وقد بين الخصم ثبوت الاختيار في الهدى فيثبت في الآخرين بالإجماع المركب ولا يفيد ما ذكره بدون إبطال متمسكة .

المواضع إليه مما يباع فيه ويشترى . قالوا : والواحد يكفي والمثنى أولى لأنه أحوط وأبعد عن الغلط كما في حقوق العباد . وقيل يعتبر المثنى ههنا بالنص (والهدى لا يذبح إلا بمكة) لقوله تعالى - هديا بالغ الكعبة - (ويجوز الإطعام في غيرها) خلافا للشافعي رحمه الله : هو يعتبره بالهدى والجامع التوسعة على سكان الحرم ، ونحن نقول : الهدى قربة غير محقولة فيختص بمكان أو زمان ، أما الصدقة قربة معقولة في كل زمان ومكان (والصوم يجوز في غير مكة) لأنه قربة في كل مكان (فإن ذبح الهدى بالكوفة أجزأه عن الطعام) معناه إذا تصدق باللحم وفيه وفاء بقيمة الطعام لأن الإراقة لا تنوب عنه . وإذا وقع الاختيار على الهدى يهدي ما يجزيه في الأضحية

في البلد إلا إذا كان المحرم من اللهو كقيمة الديك لنفاره والكبش لنطاحه والتيس للعبه (قوله وقيل يعتبر المثنى) أي في الحكم المقوم . والذين لم يوجبوه حملوا العدد في الآية على الأولوية لأن المقصود به زيادة الإحكام والإتقان ، والظاهر الوجوب وقصد الإحكام والإتقان لا ينافيه بل قد يكون داعيته (قوله ونحن نقول الخ) وذلك أنه لما عين الهدى أحد الواجبات علم أنه ليس المراد مجرد التصديق باللحم وإلا لحصل التصديق بالقيمة أو بلحم يشتره . بل المراد التقرب بالإراقة مع التصديق بلحم القربان وهو تبع متمم لمقصوده فلا ينعدم الإجزاء بفواته عن ضرورة ، فلذا لو سرق بعد الإراقة أجزأه ، بخلاف ما لو سرق قبلها أو ذبح بالكوفة فسرق لا يجزيه لأن القربة هناك لا تحصل إلا بالتصدق باختصاص قربة الإراقة بمكان مخصوص أعني الحرم ، ولا يتصدق بشيء من الجزاء على من لا تقبل شهادته له . ويجوز على أهل الذمة والمسلم أحب ، ولو أكل من الجزاء غرم قيمة ما أكل (قوله وإذا وقع الاختيار على الهدى يهدي ما يجزي في الأضحية) حتى لو لم تبلغ قيمة المقتول إلا عنقا أو حملا كفر بالإطعام أو الصوم لا بالهدى ، ولا يتصور التكفير بالهدى إلا أن تبلغ قيمته جذعا عظيما من الضأن أو ثنيا من غيره ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعند محمد رحمه الله يكفر بالهدى وإن لم يبلغ ذلك ، ومنهم من جعل قول

وقوله (وقيل يعتبر المثنى ههنا) في جزاء الصيد (بالنص) وهو قوله تعالى - يحكم به ذوا عدل - قال في الكشف عن قبيصة أنه أصاب طييا وهو محرم ، فسأل عنه عمر فشاور عبد الرحمن بن عوف ثم أمره بذبح شاة ، فقال قبيصة لصاحبه : والله ما علم أمير المؤمنين حتى سألت غيره ، فأقبل عليه ضربا وقال : أتغصص الفتيا وتقتل الصيد وأنت محرم ؟ قال الله تعالى - يحكم به ذوا عدل منكم هديا - فأناعمر وهذا عبد الرحمن . وقوله (ويجوز الإطعام في غيرها) يعني سواء كان طعام الإباحة أو التملك . وقوله (والصوم يجوز في غير مكة) يعني بالإجماع . وقوله (إذا تصدق باللحم وفيه وفاء بقيمة الطعام) بأن يصيب كل مسكين من اللحم ما تبلغ قيمته نصف صاع من بر قياسا على كفارة اليمين وكان من شرط تصدقه التفريق ، بخلاف ما إذا ذبح بمكة فإنه إذا تصدق به بعد الذبح على فقير واحد جاز لأن جوازه من حيث الهدى لا من حيث الصدقة . وقوله (لأن الإراقة لا تنوب عنه) أي لأن الإراقة الحاصلة بمكان غير الحرم لا تنوب عن الهدى ؛ حتى لو سرق المذبوح أو ضاع قبل التصديق به بقي الواجب عليه كما كان ، بخلاف المذبوح بمكة حيث يخرج عن العهدة وإن سرق أو ضاع قبل التصديق به . قال (وإذا وقع الاختيار على الهدى) إذا اختار القاتل الهدى (يهدي ما يجزيه في الأضحية) وهو الجذع الكبير من الضأن أو النىء من غيره

قلت : أشار إليه بقوله وإنما يرجع إليهما في تقويم المثلث (قوله وقال أنغصص) أقول : بالصاد المهملة : أي أتحتقرها وتظعن فيها (قوله وقوله لأن الإراقة لا تنوب عنه الخ) أقول : والأظهر عندي أن ضمير عنه عائد إلى الطعام : يعني أن مجرد الإراقة بدون التصديق لا تنوب عن الإطعام ، وأما نفي نيابتها عن الهدى فقد علم من قوله والهدى لا يذبح إلا بمكة .

لأن مطلق اسم الهدى منصرف إليه . وقال محمد والشافعي : يجزئ صغار النعم فيها لأن الصحابة رضي الله عنهم أوجبوا عناقا وجفرة . وعند أبي حنيفة وأبي يوسف يجوز الصغار على وجه الإطعام : يعني إذا تصدق . وإذا وقع الاختيار على الطعام يقوم المثلث بالطعام عندنا لأنه هو المضمون فتعتبر قيمته (وإذا اشترى بالقيمة طعاما تصدق على كل مسكين نصف صاع من بر أو صاعا من تمر أو شعير . ولا يجوز أن يطعم المسكين أقل من نصف صاع) لأن

أبي يوسف كقول محمد لأن الصحابة أوجبوا عناقا وجفرة على ما ذكرناه من قريب . وأبو حنيفة يقول : المنصوص عليه الهدى ومطلقة في الشرع ينصرف إلى ما يبلغ ذلك السن لأنه المعهود من إطلاقه في هدى المتعة والقران والأضحية فيحمل عليه . وإنما يراد به غير ما ذكرنا مجازا فيتعبد جواز اعتباره بالقرينة كما لو قال ثوبى هدى لزمه الثوب لتعبد الهدى بذكره ، ولذا لو قال : إن فعلت كذا فعلى هدى لزمه شاة . ثم إذا اختار الهدى وبلغ ما يضحى به قال المصنف لا يذبح إلا بمكة . يريد الحرم مطلقا . ولو ذبحه في الحل لا يجزئ من الهدى بل من الإطعام فيشترط أن يعطى كل فقير قدر قيمة نصف صاع حنطة أو صاع من غيرها . فإن كانت قيمة اللحم مثل قيمة المقتول أجزأه وإلا فيكمل . ويجوز أن يتصدق بالشاة الواقعة هديا على مسكين واحد كما في هدى المتعة (قوله وعند أبي حنيفة وأبي يوسف : يجوز الصغار على وجه الإطعام الخ) يتضمن جوابهما : يعني أن المتى وقوع الصغار هديا تتعلق القرية فيه بنفسه بمجرد الإراقة لا جوازها مطلقا بل نجيزها باعتبار القيمة إطعاما فيجوز كون حكم الصحابة كان على هذا الاعتبار في الصغار ، فجرد فعلهم ذلك حينئذ لا ينافي ما ذهب إليه فلا ينتهض عليه . وأما صيرورة ولد الهدى هديا فالتبعية كولد الأضحية (قوله عندنا) قيد بالظرف لنفى قول محمد إنه يقوم النظر على ما ذكر لأنه الواجب علينا إذا كان للمقتول نظير . وقوله (لأنه) راجع إلى المثلث : يعني المثلث (هو المضمون) فلا معنى لتقوم غيره لجره . ولو سلم أن النظر هو الواجب علينا عند اختيار الهدى لم يلزم منه وجوب تقويمه عند اختيار خصلة أخرى فكيف وهو ممنوع (قوله ولا يجوز أن يطعم المسكين أقل من نصف صاع) ولا يمنع أن يعطيه أكثر ولو كان كل الطعام . غير أنه إن فعل أجزأ عن إطعام مسكين نصف صاع وعليه أن يكمل بحسابه ويقع الباقي تطوعا . بخلاف الشاة

عند أبي حنيفة (لأن مطلق اسم الهدى ينصرف إليه) كما في هدى المتعة والقران فإنه ينصرف إلى ما يجزئ في الأضحية . واعترض عليه بأن اسم الهدى قد ينصرف إلى غيره كما إذا قال : إن فعلت كذا فتوبى هذا هدى فليكن في محل النزاع كذلك . وأجيب بأن الكلام في مطلق الهدى وما ذكرت ليس كذلك لأن الإشارة إلى الثوب قيدته بذلك . (وقال محمد والشافعي : يجزئ صغار النعم) قال في النهاية : وذكر في المبسوط والأسرار وشروح الجامع الصغير لفخر الإسلام وقاضيه خان قول أبي يوسف مثل قول محمد (لأن الصحابة رضي الله عنهم أوجبوا عناقا وجفرة) فدل على جواز ذلك في باب الهدى (وعند أبي حنيفة وأبي يوسف يجوز الصغار على وجه الإطعام) فيجوز أن يكون إيجاب الصحابة على ذلك الوجه (وإذا وقع الاختيار على الطعام يقوم المثلث بالطعام عندنا) وقال الشافعي : وقيل هو قول محمد يجب المثل ثم يقوم المثل بالطعام ، وأما عندنا فالمثلث هو المضمون فيعتبر قيمته . وقوله (وإذا اشترى بالقيمة طعاما) إشارة إلى أنه يجوز أن يقوم المثلث بالقيمة ثم يشترى بالقيمة طعاما .

(قوله وقيل هو قول محمد يجب المثل الخ) أقول : صاحب القيل هو حميد الدين الضرير ، ولكن أنكره الإيتاني بناء على ما في شرح فخر الكرخي والإيفاح وشرح الأتطع وشرح الجامع الصغير لفخر الإسلام من أنه يعتبر قيمة المثلث عند محمد رحمه الله .

الطعام المذكور ينصرف إلى ما هو المعهود في الشرع (وإن اختار الصيام يقوم المقتول طعاماً ثم يصوم عن سكر نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير يوماً) لأن تقدير الصيام بالمقتول غير ممكن إذ لا قيمة للصيام فقتلناه بالطعام ، والتقدير على هذا الوجه معهود في الشرع كما في باب الفدية (فإن فضل من الطعام أقل من نصف صاع فهو بخير إن شاء تصدق به وإن شاء صام عنه يوماً كاملاً) لأن الصوم أقل من يوم غير مشروع ، وكذلك إن كان الواجب دون طعام مسكين يطعم قدر الواجب أو يصوم يوماً كاملاً لما قلنا (ولو جرح صيد أو نتف شعره أو قطع عضواً منه ضمن ما نقصه) اعتباراً للبعث بالكل كما في حقوق العباد (ولو نتف ريش طائر أو قطع قوائم صيد فخرج من حيز الامتناع فعليه قيمته كاملة) لأنه فوت عليه الأمن بتفويت آلة الامتناع فيغرم جزاءه (ومن كسر بيض نعامة فعليه قيمته) وهذا مروى عن عليّ وابن عباس رضي الله عنهم ، ولأنه أصل

في الهدى بناء على أن أصل القرية قد حصلت بالإراقة وإطعامه تبع متمم له (قوله ضمن ما نقصه) وإن برأ وبقي له أثر ، وإن لم يعلم أمات وأبرأ ففي القياس يضمن ما نقص . وفي الاستحسان يضمن قيمته احتياطاً كمن أخرج صيدا من الحرم ثم أرسله ولا يعلم أدخل الحرم أم لا تجب قيمته . ولو قلع سن ظبي أو نتف شعر صيد فنبت مكانها أو ضرب عينها فابيضت ثم انجلت فلا شيء عليه عند أبي حنيفة ، وعليه صدقة عند أبي يوسف باعتبار ما وصل إليه من لأم . وقد روى عن أبي يوسف أيضاً اعتباراً لأم في الجنابة على العباد حتى أوجب على الجاني عن الدماء وأجرة الطبيب إلى أن يندمل . وفي مناسك الكرماني : لو ضرب صيدا ففرض فأنقصت قيمته أو زادت ثم مات كان عليه أكثر القيمتين من قيمة وقت الجرح أو وقت الموت . ولو جرحه فكفر ثم قتله كفر أخرى ، فأولم يكفر حتى قتله وجبت عليه كفارة واحدة وما نقصته الجراحة الأولى ساقط . وفي الجامع : محرم بعمرة جرح صيدا غير مستهلك ثم أضاف إلى عمرته حجة ثم جرحه كذلك فمات منهما فعليه للعمرة قيمته صحيحاً وللحج قيمته وبه الجرح الأول ، ولو كان جرحه ثم حل من عمرته ثم أحرم بالحج ثم جرحه ثانياً فعليه للعمرة قيمته وبه الجرح الثاني وللحج قيمته وبه الجرح الأول ، ولو حل من العمره ثم قرن ثم جرحه فمات فعليه للعمرة قيمته وبه الجرح الثاني وللقران قيمتان وبه الجرح الأول ، ولو كان الأول مستهلكاً بأن قطع يده والثاني غير مستهلك وباق المسألة بخلافه فعليه للعمرة قيمته صحيحاً للحال وللقران قيمتان وبه الجرح الأول ، ولو كان الثاني قطع يد أخرى فهي وما لو كان جرحاً غير مستهلك سواء لأنه لا يمكنه استهلاكه مرة ثانية (قوله لأنه فوت عليه الأمن بتفويت آلة الامتناع) يعني وكان بالإتلاف ، فهذا كالقياس الجارى في الدلالة بما قدمناه ، فإن أدى الجزاء ثم قتله لزمه جزاء آخر ، وإن لم يؤده حتى قتله فجزاء واحد (قوله عن عليّ وابن عباس رضي الله عنهم) قال عبد الرزاق : حدثنا سفيان الثوري عن عبد الكريم الجزري عن عكرمة عن ابن عباس قال : في بيض النعام يصيبه المحرم ثمنه . وروى ابن أبي شيبه عنه قال : في كل بيضتين درهم وفي كل بيضة نصف درهم . وروى ابن أبي شيبه عن ابن مسعود قال : حدثنا ابن الفضيل عن خصيف عن أبي عبيدة عن عبد الله قال : في بيض النعام قيمته . وقال عبد الرزاق : أخبرنا أبو حنيفة عن خصيف به ، وأخرج ابن أبي شيبه مثله عن عمر منقطعاً ، وأخرج نحوه عن مجاهد والشعبي والنخعي وطاوس ، وفيه حديث

(قوله) ينصرف إلى ما هو المعهود في الشرع) يعني نصف صاع من بر كما في صدقة الفطر وكفارة اليمين والظهار . وقوله (وإن اختار الصيام) ظاهر . وقوله (وكذلك إن كان الواجب دون طعام مسكين) بأن قتل يربوعاً أو عصفوراً ولم تبلغ قيمته إلا مداماً من الخطئة (يطعم ذلك القدر أو يصوم يوماً كاملاً لما قلنا) إن الصوم أقل من يوم غير مشروع ، وقوله (ولو جرح صيداً) ظاهر

الصيد ، وله عرضية أن يصير صيدا فنزل منزلة الصيد احتياطا ما لم يفسد (فإن خرج من البيض فرخ ميت فعليه قيمته حيا) وهذا استحسان ، وانقياس أن لا يغرم سوى البيضة لأن حياة الفرخ غير معلومة . وجه الاستحسان أن البيض معد ليخرج منه الفرخ الحى ، والكسر قبل أو أنه سبب لموته فيحال به عليه احتياطا ، وعلى هذا إذا ضرب بطن ظبية فألقت جنينا ميتا وماتت فعليه قيمتهما

مرفوع رواه عبد الرزاق والدارقطنى وهو ضعيف (قوله ما لم يفسد) الأوجه وصله بكسر ببيض نعمة : أى ومن كسر ببيض نعمة ما لم يفسد : أى فى زمن عدم فسادها فعليه قيمته ، وما مصدرية نائمة عن ظرف الزمان ، وإنما لم يجب فى البيضة المذرة لأن ضمان البيضة ليس لذاتها بل لعرضية الصيد وليست المذرة بعرضية أن تصير صيدا ، فانتفى بهذا ما قال الكرمانى : إذا كسر ببيض نعمة مذرة وجب الجزاء لأن لقشرتها قيمة . وإن كانت غير نعمة لا يجب شيء وذلك لأن المحرم بالإحرام ليس التعرض للقشر بل للصيد فقط وليس للمذرة عرضية الصيدية (قوله والكسر قبل أو أنه سبب لموته فيحال به عليه) يفيد أن هذا الحكم فيما إذا جهل أن موته من الكسر أولا . فأما إذا علم أن موته قبل الكسر لا يجب فيه شيء لانعدام الإمامة ولا فى البيض لعدم العرضية ، وإذا ضمن الفرخ لا يجب فى البيض شيء لأن ما ضمانه لأجله قد ضمنه ، ولو أخذ البيضة فحضرها تحت دجاجة ففسدت لا يختلف الجواب . ولو لم تفسد وخرج منها فرخ وطار لاشيء عليه . وكذا لو نقر صيدا عن بيضه ففسد ضمنه إحالة للفساد عليه لأنه السبب الظاهر . ولا يخفى عليك إذا تذكرت أن التعايل المذكور كالتعليل فى مسألة انفارة التى توجد فى البئر ميتة لا يدري متى وقعت حيث حكم أبو حنيفة بإضافة موته إلى وقوعها فى البئر ورتب عليها حكم البئر التى ماتت فيها فأرة إحالة على السبب الظاهر . وهما قد خالفاه هناك ووافقاه هنا فيطالبان بالفرق المؤثر لا كل فرق . وعلى هذا لو جرح صيدا فغاب فوجده ميتا إن علم أنه مات بسبب آخر فعليه ضمان الجرح ، وإن لم يعلم يجب الضمان احتياطا للسببية الظاهرة ، كمن أخرج صيدا من الحرم وأرسله ولا يعلم أدخل الحرم أم لا يجب قيمته (قوله وعلى هذا) أى هذا الأصل وهو النسبة إلى ما هو سبب الظاهر (إذا ضرب بطن ظبية فألقت جنينا ميتا وماتت الأم فعليه ضمانهما) أما الأم فظاهر ، وأما الجنين فلأن ضرب البطن سبب ظاهر لموته وقد ظهر عقيبها

وقوله (ما لم يفسد) إشارة إلى أنها إذا كانت مذرة فلا شيء عليه لأنه لم يتلف صيدا ولا ما هو بعرضية أن يصير صيدا . وقوله (فإن خرج من البيض فرخ ميت) هذه المسألة لا تخاو ؛ أما إن علم أنه كان حيا ومات بالكسر ، أو علم أنه كان ميتا ، أو لم يعلم أن موته بسبب الكسر أولا ، فإن كان الأول ضمن قيمته ، وإن كان الثانى فلا شيء عليه ، وإن كان الثالث (فالقياس أن لا يغرم سوى البيضة لأن حياة الفرخ غير معلومة) وفى الاستحسان : يجب عليه قيمة الفرخ حيا لما ذكر فى الكتاب . وتقديره : البيض معد ليخرج منه الفرخ الحى ، وكل ما هو معد ليخرج منه الفرخ الحى كسره قبل أو أنه سبب لموت ذلك الفرخ ، وذلك إتلاف له والإتلاف يوجب الضمان . وقوله (فيحال به عليه) أى بالموت على الكسر والباء صلة كان أصله يخال الموت على الكسر : أى يضاف إليه . فإن قيل : ببيض النعامة كبطن الظبية ، ولو ضرب بطن ظبية فألقت جنينا ميتا وماتت الظبية كان عليه قيمتهما على ما يجهى فلم لا يكون عليه ههنا قيمة البيض والفرخ جميعا ؟ أجيب بأن ضمان البيض ليس لذاته بل باعتبار أنه سبب الفرخ ولهذا لا يجب الضمان إذا كانت البيضة مذرة ، فإذا وجب ضمان الفرخ لا يجب ضمان البيض . وقوله (وعلى هذا) أى على القياس والاستحسان (إذا ضرب بطن ظبية فألقت جنينا ميتا وماتت فعليه قيمتهما) فإن

و ليس في قتل الغراب والحدأة والذئب والحية والعقرب والفأرة والكلب العقور جزاء) لقوله صلى الله عليه وسلم « خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم ، الحدأة ، والحية والعقرب ، والفأرة ، والكلب العقور » وقال صلى الله عليه وسلم « يقتل المحرم الفأرة والغراب والحدأة والعقرب والحية والكلب العقور » وقد ذكر الذئب في بعض الروايات . وقيل المراد بالكلب العقور الذئب ، أو يقال إن الذئب في معناه ،

ميتا في حال عليه (قوله وليس في قتل الغراب) لم يقل ليس في قتل المحرم الخ جزاء ، بل أطلق نفي الجزاء في قتلهن ليفيد أنه لا يستعقب جزاء في الحرم ولا في الإحرام ، فلهذا استدل بما يفيد إباحة قتلهن في الحرم وبما يفيد في الإحرام ، فالأول هو ما في الصحيحين من قوله عليه الصلاة والسلام « خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم : الغراب ، والحدأة ، والعقرب ، والفأرة ، والكلب العقور » وفي لفظ لمسلم « الحية » عوض العقرب ، وقال فيه : « الغراب الأبقع » . والثاني ما في الصحيحين عن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « خمس من الدواب ليس على المحرم في قتلهن جناح : العقرب ، والفأرة ، والكلب العقور ، والغراب ، والحدأة » وأخرجاه أيضا عن ابن عمر قال : حدثتني إحدى نسوة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « يقتل المحرم » فذكر الخمسة ، وزاد فيه مسلم « والحية » قال : وفي الصلاة أيضا . وروى أبو داود عن أبي سعيد الخدري « سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عما يقتل المحرم ؟ قال : يقتل الحية ، والعقرب ، والفويسقة ، والكلب العقور ، والحدأة والسبع العادي ، ويرمى الغراب ولا يقتله » ولم يذكر فيه الترمذي السبع العادي . وقال : حديث حسن ، وحمل الغراب المنهى عن قتله هنا على غير الأبقع وهو الذي يأكل الزرع كما ذكره المصنف ، وإنما يرميه لينفذه عن الزرع . وأخرج الدارقطني عن ابن عمر قال « أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم المحرم بقتل الذئب والفأرة والحدأة والغراب » وفيه الحجاج بن أرطاة ، ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه مقتصرًا على الذئب ، وأخرج نحوه عن عمر وابن عمر ، وأخرج عن عطاء قال : يقتل المحرم الذئب وكل عدو ، ولم يذكر في الكتاب ، وهذا ما قاله المصنف . وذكر الذئب في بعض الروايات . وأخرج الطحاوي عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم نحو حديث مالك والليث إلا أنه قال فيه : والحية والذئب والكلب العقور . وقال السرقسطي في غريبه : الكلب العقور يقال لكل عاقر حتى اللص المقاتل (قوله وقيل المراد بالكلب العقور الذئب) وقيل المراد به الأسد ، أسنده السرقسطي عن أبي هريرة قال : حدثنا محمد بن علي قال : حدثنا سعيد بن منصور ، حدثنا حفص بن ميسرة عن زيد بن أسلم عن ابن سيلان عن أبي هريرة أنه قال : الكلب العقور : الأسد (قوله أو يقال إن الذئب في معناه) يعني

قيل : قد تقدم أن ضمان الصيد يشبه غرامات الأموال ، ومن ضرب بطن جارية فألقت جنينا ميتا وماتت كان عليه قيمة الجارية دون الجنين ، فكيف وجبت ههنا قيمة الجنين ؟ أجيب بأن الجنين في حكم الجزء من وجه وفي حكم النفس من وجه ، والضمان الواجب لحق العباد غير مبني على الاحتياط فلا يجب في موضع الشك ، فأما جزاء الصيد فمبني على الاحتياط فرجع فيه شبه النفس في الجنين ووجب الجزاء (وليس في قتل الفواسق الخمسة شيء لأن النبي صلى الله عليه وسلم استثنى بقوله عليه الصلاة والسلام « خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم : الحدأة ، والحية ، والعقرب ، والفأرة ، والكلب العقور » وذكر الذئب في بعض الروايات ، فقيل

(قال المصنف : الحدأة والحية والعقرب والفأرة والكلب العقور) أقول : اتفقت الروايات على ذكر الفأرة في المستثنيات فلا وجه تركها فيها سبق . والجواب أنه إنما لم يذكرها لأنها ليست من الصيد فلا معنى لذكرها في سياق المستثنيات منها ، وليس في الحديث لفظ الاستثناء

والمراد بالغراب الذى يأكل الجيف ويخلط لانه يبتلى بالأذى ، أما العقوق فقير مستثنى لانه لا يسمى غرابا ولا يبتلى بالأذى . وعن أبي حنيفة رحمه الله أن الكلب العقوق وغير العقوق والمستأنس والمتوحش منها سواء لأن المعتبر في ذلك الجنس ،

فيلحق به دلالة ، ولا بد من تعيين ذلك الموجب للإلحاق في الدلالة . والذي بدور عليه كلامه هو كونهن مبتدئات بالأذى ، وضم غيره إلى ذلك مخالطتها : يعنى كونها تعيش بالاختطاف والانتهاك ، وسنذكر لهذا إتماما إن شاء الله تعالى (قوله لأن المعتبر في ذلك الجنس) وإن كان وصفه بالعقوق إيماء إلى العلة لما روى أبو داود في المراسيل . وذكر الكلب من غير وصفه بالعقوق فلم أن المراد الجنس ، والذي ذكر وصفه بالعقوقية يراد به الكلب الوحشى لأنه يكون عقورا مبتدئا بالأذى . فأفاد أنه وإن كان صيدا لا شئ فيه لكونه عقورا . ويكون ما في المراسيل تعميم النوع بنى الجزاء لأن أحد صنفيه مؤذ وهو الصيد والآخر ليس بصيد أصلا . إلا أن هذا يقتضى أن يكون بعض النوع الواحد وحشيا وبعضه لا . فإن استبعد ذلك وادعى أن كل نوع فطرته في الوحشية وعدمها شاملة . لكل أفرادها ثم يعرض لبعضها خلاف الطبع الأصلي من التوحش والاستئناس . قلنا على التناول نختار أن جنس الكلب غير وحشى ، وإن وجد منه وحشى فالتوحش عارض له فافتضى أن لا يجب بقتل شئ منه جزاء . وفائدة التنصيص على وصف بخصوصه بنى الجزاء : أعنى ما هو معروض التوحش دفع توهم أنه وحشى بالأصالة فيجب بقتله الجزاء ، وأنه لو كان وحشيا لم يكن فيه شئ لكونه عقورا . على أن الحق جواز الانقسام . وقولهم

فما إذا ذكر الكلب العقوق فراده الذئب ، أو يقال : إن الذئب في معنى الكلب العقوق . وذكر المصنف رحمه الله في أول هذا الفصل الستة بناء على الرواية أو الدلالة . وقوله (والمراد بالغراب : الذى يأكل الجيف ويخلط) أى النجاسات مع غيرها أى يأكل الحب نارة والنجاسة أخرى . وقع تكرار لأنه ذكره في أول الفصل مع زيادة معنى وهو كونه مرويا عن أبي يوسف فكان مستغنى عن ذكره . وقوله الذى يأكل الجيف خبر لصفة فكان موضع ضمير الفصل ، واحترز به عن الغراب الذى يأكل الزرع فإنه يجب الضمان بقتله . وقوله (لأنه يبتلى بالأذى) قيل لأنه يقع على دبر الدابة ، وقيل فعلى هذا يكون في قوله في العقوق ولا يبتلى بالأذى نظر لأنه يقع على دبر الدابة (وعن أبي حنيفة أن الكلب العقوق وغير العقوق والمستأنس والمتوحش منها) أى من الكلب العقوق وغير العقوق (سواء) أما العقوق فظاهر لأنه ورد فيه الحديث ، وأما غيره فإنما لم يجب فيه الجزاء لأنه ليس بصيد لعدم توحشه خلقة . وقوله (لأن المعتبر هو الجنس) يعنى الحقيقة التى تسمى كلبا لا فردا دون فرد ، وهذا لأن هذا الجنس ليس بصيد ، وفيه نظر لأنه يفضى إلى إبطال الوصف المنصوص عليه وهو كونه عقورا . والجواب أنه

حتى يرد عليه شئ فتأمل (قوله وذكر المصنف في أول هذا الفصل الستة بناء الخ) أقول : فكان الوجه أن لا ينص على الجنس كما لا يخفى ، والأولى أن يقال : ذكر الذئب بعد الكلب العقوق على سبيل العطف التفسيري ترجيحاً من المصنف كون المراد من الكلب العقوق الذئب ، فإن الكلب ليس من الصيود فلا حاجة إلى استثناءه من الآية فليتأمل (قال المصنف : والمراد بالغراب الذى يأكل الجيف) ولعل التخصيص المستفاد من التفسير لأنه روى أبو داود عن الحدرى رضى الله عنه « سئل صلى الله عليه وسلم عما يقتل المحرم ؟ قال : يقتل المحرم الحية والمقرب والفويسقة والكلب العقوق والحداة والسبع العادى ويرى الغراب ولا يقتله » فلابد من حمل الغراب المأمور بقتله على ما ذكره أبو يوسف ، والمنهى عن قتله على الغراب الغير الأبقع وهو الذى يأكل الزرع لدفع التعارض (قوله وقع تكراراً لأنه ذكره ، إلى قوله : فكان مستغنى عن ذكره) أقول : فيه زيادة الخلط فلا يكون تكراراً محضاً . ثم أقول : إنه ذكر ذلك في هذا الباب قبل ورقتين ونصف ورقة تخميناً وهو قوله الجنس الفواسق إلى قوله وهى ستة ، وسبق العذر عن ذلك (قوله وقيل فعلى هذا الخ) أقول يعنى الإتيان (قوله لأن هذا الجنس ليس بصيد) أقول : فلا يحتاج إلى الاستثناء من الآية (قوله وفيه نظر لأنه الخ) أقول : لو صح هذا النظر يلزم اعتبار مفهوم

وكذا الفأرة الأهلية والوحشية سواء. والضب واليربوع ليسا من الخمس المستثناة لأنهما لا يتبدآن بالأذى (وليس في قتل البعوض والنمل والبراغيث والقراد شيء) لأنها ليست بصيود وليست بمتولدة من البدن ثم هي مؤذية بطباعها ، والمراد بالنمل السود أو الصفر الذي يؤذى ، وما لا يؤذى لا يحل قتلها ، ولكن لا يجب الجزاء لليلة الأولى (ومن قتل قملة تصدق بما شاء) مثل كف من طعام لأنها متولدة من الثمن الذي على البدن (وفي الجلمع الصغير أطمع شيئا) وهذا يدل على أنه يجزيه أن يطعم مسكينا شيئا يسيرا على سبيل الإباحة وإن لم يكن مشبعا (ومن قتل جرادة تصدق

الفأرة الوحشية والأهلية يفيد ، وهذا كله إذا حكم بإرادة حقيقة الكلب ، أما إذا قيل بأن المراد من الكلب العقور الذئب أو الأسد فلا إشكال حينئذ ، إلا أنه يجب أن يحمل الأسد المحكوم عليه بأنه هو المراد بالكلب العقور على الأسد العادي عندهم لأنهم يوجبون الجزاء بقتل الأسد إذا لم يصل ، ويدل على هذه الإرادة ما ذكرناه من حديث الترمذي وأبي داود (قوله وكذا الفأرة الأهلية والوحشية) لوجود المبيع في الوحشية وهو فسقها ، والسنور كذلك في رواية الحسن عن أبي حنيفة ، وفي رواية هشام عن محمد : ما كان منه برياً فهو متوحش كالصبيد يجب بقتله الجزاء (قوله وليست بمتولدة من البدن) احتراز عن القملة (قوله وما لا يؤذى لا يحل قتلها) وإن كان لا يجب بقتلها الجزاء ، وهكذا الكلب الأهلي إذا لم يكن مؤذياً لا يحل قتلها لأن الأمر بقتل الكلاب نسخ فتقيد القتل بوجود الإيذاء (قوله لليلة الأولى) يعني كونها ليست بصيود ولا متولدة من البدن ، وهما وإن كانا علتين للحكم الذي هو وجوب الجزاء لكن نفيهما معاملة لنفيه لأن الحكم إذا كان يثبت بعلة شئ يكون نفيه معلولاً بعدم الكل ، إذ لو ثبت شيء منها لم يذف . وعن أبي يوسف في قتل القنفذ روايتان : في رواية جعله نوعاً من الفأرة ، وفي أخرى جعله كاليربوع ففيه الجزاء . وفي الفتاوى : لاشيء في ابن عرس خلافاً لأبي يوسف ، وأطلق غيره لزوم الجزاء في الضب واليربوع والسمور والسنجاب والدلق والثعلب وابن عرس والأرنب من غير حكاية خلاف في شيء (قوله لأنها متولدة من الثمن الذي على البدن) يفيد أن الجزاء باعتبار أنه قضاء للثمن ، فيستفاد منه أنه لو لم يأخذها من بدنه بل وجد قملة على الأرض فقتلها لاشيء عليه . واعلم أن الإلقاء على الأرض كالقتل تجب به الصدقة ، ولو قال محرم لحلال أرفع هذا القمل عني أو دفع ثوبه إليه فقل ما فيه من القمل فقتله كان على الأمر الجزاء ، وكذا إذا أشار إلى قملة فقتلها الحلال كان عليه جزاؤها لأن الدلالة موجبة في الصيد فكذا ما في حكمه ، كذا

ليس للقتل بل لإظهار نوع أذاه فإن ذلك طبع فيه . وقوله (لأنها ليست بصيود) يعني أنها ليست بمتوحشة عن الأدنى بل هي طالبة له (وليست بمتولدة من البدن) يعني حتى تكون من باب قضاء الثمن كالقملة (ثم هي مؤذية بطباعها) فلا يجب بقتلها شيء . وقوله (ولكن لا يجب الجزاء لليلة الأولى) يعني قوله لأنها ليست بصيود وليست بمتولدة من البدن ، ساهما علة وإن كانا في معنى علتين لأنه ذكر في موضع السلب ، وفي موضع السلب تكون العلل الكثيرة بمعنى علة واحدة في أن الحكم ينتفي بالجميع كما أنه ينتفي بانتفاء الواحدة . وقوله (ومن قتل قملة تصدق بما شاء) وقد أوضحه في الكتاب وليس الجزاء منحصر في القتل بل الإلقاء على الأرض كالقتل سواء أخذها من رأسه أو من موضع آخر . وقيل في القملتين والثلاث كف من حنطة ، وفي الزيادة على ذلك نصف صاع من حنطة . وقوله (شيئاً يسيراً على سبيل الإباحة وإن لم يكن مشبعا) قال في الجامع الصغير : ككسرة

الصفة بل سائر المفاهيم (قال المصنف : والضب واليربوع ليسا من الخمس المستثناة) أقول : يعني ليسا حكماً من قبيل الخمسة المستثناة ، وإنما أولنا به ليستقيم التعليل الذي ذكره بقوله لأنها الخ فتأمل (قوله كما أنه ينتفي بانتفاء الواحدة) أقول : يعني إذا انحصرت علة الثبوت فيها . أما إذا ثبت الحكم بعلة شئ ، فلو ثبت شيء منها لم ينتف الحكم .

بما شاء) لأن الجراد من صيد البر فإن الصيد مالا يمكن أخذه إلا بحيلة ويقصده الأخذ (وتمرة خير من جرادة) لقول عمر رضي الله عنه : تمرة خير من جرادة (ولا شيء عليه في ذبح الساحفة) لأنه من الهوام والحشرات فأشبه الخنافس والوزغات ، ويمكن أخذه من غير حيلة وكذا لا يقصد بالأخذ فلم يكن صيدا (ومن حلب صيد الحرم فعليه قيمته) لأن اللبن من أجزاء الصيد فأشبه كله (ومن قتل مالا يؤكل لحمه من الصيد كالسباع ونحوها فعليه الجزاء) إلا ما استثناه الشرع وهو ما عددناه . وقال الشافعي رحمه الله : لا يجب الجزاء لأنها جبلت على الإيذاء فدخلت في النفواسق المستثناة . وكذا اسم الكلب يتناول السباع بأسرها لغة .

في التجنيس . والقملتان والثلاث كالواحدة . وفي الزائد على الثلاث بالغ ما بلغ نصف صاع . وهذا إذا قتلها قصدا وكذا لو ألقى ثوبه في الشمس لقصد قتلها كان عليه نصف صاع بر ونحوه . ولو ألقاه لالقتل فانت لا شيء عليه (قوله لأن الجراد من صيد البر) عليه كثير من العلماء . ويشكل عليه ما في أبي داود والترمذي عن أبي هريرة قال « خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة أو عمرة . فاستقمنا رجل من جراد فجعلنا نضربه بسيطانا وقسينا (١) فقال لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم : كلوه فإنه من صيد البحر » وعلى هذا لا يكون فيه شيء أصلا . لكن تظاهر عن عمر إلزام الجزاء فيها . في الموطأ أنبأنا يحيى بن سعيد أن رجلا سأل عمر عن جرادة قتلها وهو محرم فقال عمر لكعب : تعال حتى نحكم . فقال لكعب : درهم . فقال : عمر : إنك لتجد الدراهم . وتمرة خير من جرادة . ورواه ابن أبي شيبة عنه بقصته . ورواه عبد الرزاق عن إبراهيم أن كعبا سأل عمر فذكر معناه . وقال : حدثنا محمد بن راشد عن مكحول أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه سئل عن الجراد يقتله المحرم فقال : تمرة خير من جرادة ، وتبع عمر أصحاب المذاهب . والله أعلم ، وفي المحيط : مملوك أصاب جرادة وهو محرم إن صام يوما فقد زاد وإن شاء جمعها حتى تصير عدة جراد ثم يصوم يوما (قوله كالسباع ونحوها) فالسباع كالأسد والفهد والنمر والفيل . ففي المحيط : إن قتل خنزيرا أو قردا أو فبلا تجب القيمة خلافا لهما اه . وقول العتاني : الفيل المتوحش صيد ليس على ما ينبغي فإن المستأنس يجب كونه صيدا أيضا لعروض الاستئناس كما قالوا في الظبي وحمار الوحش إنهما صيد وإن تألفا . وغاية الأمر أن يجري في الفيل المتألف روايتان كما أن في الطيور المصونة روايتين . ولكن المختار فيها أنها صيد ، والمراد بنحوها سباع الطير كالبلابزى والصقر معلما وغير معلم (قوله وكذا اسم الكلب يتناول السباع بأسرها) ويدل عليه « أنه صلى الله عليه وسلم قال داعيا على عتبة بن أبي لهب :

خير . وقول عمر رضي الله عنه (تمرة خير من جرادة) قصته أن أهل حمص أصابوا جرادا كثيرا في إحرامهم فجعلوا يتصدقون مكان كل جرادة بدرهم ، فقال عمر رضي الله عنه : أرى دراهمكم كثيرة يا أهل حمص ، تمرة خير من جرادة . قال (ومن حلب صيد الحرم) اللبن من أجزاء الصيد لقوله تعالى - نسقيكم مما في بطونه - وكلمة من للتبعض . وقوله (كالسباع) أي سباع البهائم (ونحوها) أي سباع الطير . وقوله (وكذا اسم الكلب يتناول السباع بأسرها لغة) يعني أن النبي صلى الله عليه وسلم استثنى الكلب العقور وليس المراد به الكلب المعروف فإنه أهلي وليس بصيد ، فكان المراد ما ينكسب : أي يشتد فيتناول الأسد والفهد والنمر وغيرها . فكان كأن الله تعالى قال : - لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم إلا ما كان مؤذيا . ولو كان النص بهذه الصفة لم يتناول إلا مأكول اللحم فكذا

(١) (قوله وقسينا) هكذا في النسخ التي بيدنا ، والذي في سنن أبي داود : وعصينا . ولعله الأنسب ، وليحذر المصحح .

ولنا أن السبع صيد لتوحشه ، وكونه مقصودا بالأخذ إما لجلده أو ليصطاد به أو لدفع أذاه ، والقياس على الفواسق ممتنع لما فيه من إبطال العدد ،

« اللهم سلط عليه كلبا من كلابك ، فافترسه سبع » (قوله وكونه مقصودا بالأخذ) هذا زيادة قيد على ما قدمناه في معنى الصيد لم يذكره في تعريفه السابق فيلزم إما فساد السابق أو هذا اللاحق (قوله لما فيه من إبطال العدد) العدد المنصوص هو الخمس فيلزم من الإلحاق به قياسا أن يكون المستثنى شرعا أكثر من خمس فيبطل العدد : أي ينتفى فائدة تخصيص اسمه دون غيره من الأعداد المحيطة بالملحق وغيره أو الإطلاق : أعني ذكره باسم عام مثل أن يقول : يقتل كل عاد متنبه ، وفيه نظر من وجوه : أما أولا فإن مثله يلزم في مفهوم الصفة فيقال مثلا : لو جاز نكاح الأمة الكتابية لم يبق لذكر المؤمنات في قوله تعالى - من فتياتكم المؤمنات - فائدة ، وكذا في المقيد بالشرط وسائر المفاهيم المخالفة ، فما هو جوابكم عن هذا فهو بعينه جوابنا عن مفهوم العدد . وأما ثانيا فإن عدد الخمس قد تحقق عدم قصر الحكم عليه شرعا وفرغ من ذلك ، فإنه قد ثبت النص على الذئب والحية أيضا في أحاديث لم ينص في صلوها على عدد بل قال : يقتل المحرم كذا وكذا إلى آخر ما روينا من قريب ، فثبت عدم إرادة قصر ذلك الحكم على الخمس فانفتح باب القياس ، إذ حديث الفواسق تخصيص الآية ، ودليل التخصيص يعلل ويلحق بما أخرجه ماخرجه العلة أيضا بالاتفاق . وأما ثالثا فإن المصنف رحمه الله جواز إلحاق الذئب بطريق الدلالة ، وعلى تقديره يبطل أيضا العدد . وكون الثابت دلالة ثابتا بالنص لا يخرج به الحال عن أنه بطل خصوص الخمس . ويحى فيه عين ما تقدم من أنه لو أراده لذكر عدد يحيط به معها فيقول ست من الفواسق . سلمناه لكن الإلحاق بالدلالة لا بد فيه على ما عرف من معنى جامع غير أنه لا يتوقف سوى على فهم اللغة دون أهلية الاجتهاد ولذا سماه كثير القياس الجلى ونسبته نحن الثابت بمعنى النص لغة ، وإذا كان كذلك فلا بد من تعيينه فما عينتموه من قولكم لأنها مبتدئات بالأذى ونحوه أو غيره في إلحاق الذئب فهو الذى يلحق باعتباره سائر السباع ، فإن سمي ذلك دلالة فهذا أيضا دلالة . وأما رابعا فإننا لم نخرجه بالقياس بل بالنص ، وهو ما قدمناه من حديث أبي داود والترمذى من قوله عليه الصلاة والسلام « وكل سبع عاد » وقال الترمذى : حسن . فإن قيل : نقول من الرأس يخرج مجموع مانص على إخراجه وهو الحية والعقرب والفأرة والكلب والغراب والذئب والحدأة والسبع العادى . على أن المراد به في حالة اعتدائه وهو ما إذا صال على المحرم فإنه حقيقة اسم الفاعل ، وبه نقول : إنه إذا صال فقتله فلا شيء عليه كما سندكره ، ثم نمنع الإلحاق لأنه حينئذ ناسخ على أصولنا لاخصص لأشراطنا المقارنة في المخصص الأول ، فالتم يقارن به يكون العموم مرادا ، فإذا أخرج بعضه بعد الحكم بإرادة الكل كان نسخا لأنه بعد تعلق الحكم بالفرد المخرج والتخصيص بيان عدم إرادة المخرج ، وإذا كان ناسخا عندنا فلا يلحق إذ لا نسخ بالقياس ، قلنا : لا نخرج بالقياس بل بالدلالة ، فإن أخذتم في الجامع الدلالى كونها تعيش مخالطة بالاختطاف والانتهاب كما ذكر بعضهم

هذا (ولنا أن السبع صيد لتوحشه) وتنفره من الناس (وكونه مقصودا بالأخذ إما لجلده أو ليصطاد به أو لدفع أذاه) وكل ما هو صيد يتناوله قوله تعالى - لا تقتلوا الصيد - فيجب الجزاء بقتله (والقياس على الفواسق ممتنع لما فيه من إبطال العدد) وكذلك الإلحاق بها دلالة لأن الفواسق مما تعدو علينا وعلى مواشينا بالقرب منا ، والسبع ليس كذلك لبعده عنا فلا يكون في معنى الفواسق ليلحق بها ، واسم الكلب وإن تناوله لغة لم يتناوله عرفا

(قوله والسبع ليس كذلك لبعده عنا فلا يكون في معنى الفواسق ليلحق بها) أقول : وهذا يدل على امتناع القياس أيضا .

واسم الكلب لا يقع على السبع عرفا والعرف أملك (ولا يجاوز بقيمته شاة) وقال زفر رحمه الله : نجب قيمته باللغة . ما بلغت اعتبارا بمأكل اللحم . ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « الضبع صيد وفيه الشاة »

منعنا أن الحكم باعتباره وأسندناه بإخراج الذنب وهو لا يعيش مخالطا . والحق أن الوجه المذكور يصلح إلزاميا للخصم لأن الدلالة عندهم وهي التي يسمونها مفهوم الموافقة يشترط فيها كون المسكوت أولى بالحكم من المذكور . فهم منع الضرب من منع التأفيف . ولا تظهر أولوية السباع بإباحة القتل من القواست بل غايته الماثلة . وأما إثبات منع قتلها على أصولنا ففيه ما سمعت . ولعل لعدم قوة وجهه كان في السباع روايتان كما هو في المحيط حيث قال وفي ظاهر الرواية السباع كلها صيود . وعن أبي يوسف رحمه الله أن الأسد كالكلب العفور والذنب . وفي العتاني : لا شيء في الأسد ، وقال أبو حنيفة رحمه الله : نجب . وقدمنا من البدائع التصريح بخل قتل الأسد والفهد والتمر أول الباب من غير ذكر خلاف (قوله واسم الكلب لا يقع على السبع عرفا) ظاهر تخصيصه بالعرف أنه يقع عليها لغة بطريق الحقيقة ، وعلى هذا التقدير يتم مقصود الشافعي رحمه الله . فإن الخطاب كان مع أهل اللغة ولم يثبت فيه تخصيص من الشرع بغير السبع . بل ثبت استعماله فيه على ما سمعته عند عليه الصلاة والسلام من قوله « اللهم سلط عليه كلبا . فافترسه سبع » فالأولى منع وقوعه على السباع حقيقة لغة ولفظ الكلب في دعائه عليه الصلاة والسلام مستعمل في المعنى المجازي العام : أعني المفترس الضار . لا يقال : ادعائنا أنه في كل السباع حقيقة هو دعوى أنه في كل مفترس ضار حقيقة ، والأفراد حينئذ أفراد المعنى الكلي . فدار الأمر بين كونه في العام مجازا كما قلتم أو مشتركا معنويا ، والأشراك المعنوي أولى بالاعتبار عند التردد بينه وبين المجاز . لأننا نقول : ذلك عند التردد وهو عند عدم دليل عدمه . وتبادر النوع المخصوص المعروف عند إطلاق لفظ الكلب دليل عدمه . إذ لو كان للمعنى الأعم لم يتبادر خصوص بعضها ، وإذا تبادر خصوص بعضها كان ظاهرا في أن الوضع كان لذلك المعين فيجب اعتباره لذلك وإن جاز عروض تبادر البعض بعينه لعروض شهرة وغلبة استعمال لأن الظاهر هو الذي يجب المصير إليه لا يجوز إلا أن يدل دليل عليه ويتحقق كذلك (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « الضبع صيد وفيه شاة ») وفي بعض النسخ سبع ، وليس بمعروف بل المعروف حديث جابر قال « سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الضبع أصيد هو ؟ قال : نعم ، ويجعل فيه كبش إذا صاده المحرم » رواه أبو داود وانفرد بزيادة فيه كبش ، والباقون روه ولم يذكروها فيه ، ورواه الحاكم بهذه الزيادة عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الضبع صيد ، فإذا أصابه المحرم ففيه كبش مسن ويؤكل » وهذا دليل أكله عند الخصم وسيأتي في موضعه . والمصنف إن استدلل بلفظ السبع فغير ثابت ، وإن استدلل بلفظ الضبع بناء على أنه

(والعرف أملك) أى أقوى وأرجح في هذا الموضع كما في الأيمان لبنائه على الاحتياط والاحتياط في إيجاب الجزاء . وقوله (ولا يجاوز بقيمته شاة) الباء للتعلية وشاة مرفوع لكونه مستندا إليه . ومعناه : لا يجاوز بقيمة الذي لا يؤكل لحمه من الصيود قيمة شاة في ظاهر الرواية . وروى الكرخي أنه ينقص من الدم (وقال زفر : نجب قيمته باللغة ما بلغت اعتبارا بمأكل اللحم) والجامع الضمان (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « الضبع صيد وفيه الشاة ») فلما ورد

قوله وقال زفر : نجب قيمته الخ (أقول : الظاهر ما قاله زفر رحمه الله لكون ظاهر الآية منه على ما مر تفسيرها ، وكل السباع لا يقاس بالضبع فإن ما يباع بأمل الأيمان كالفيل والأسد والبر ، ولا تسلم أن جلد كل منها لا يزداد على قيمة الشاة ، وجواب الأول يعلم من قوله لأنه محارب الخ فتأمل .

ولأن اعتبار قيمته لمكان الانتفاع بجلده لا لأنه محارب مؤذ ، ومن هذا الوجه لايزاد على قيمة الشاة ظاهرا (وإذا صال السبع على المحرم فقتله لاشيء عليه) وقال زفر : يجب الجزاء اعتبارا بالجلد الصائل . ولنا ما روى عن عمر أنه قتل سبعا وأهدى كبشا وقال : إنا ابتدأناه ، ولأن المحرم ممنوع عن التعرض لاعتدائه ، ولهذا كان مأذونا في دفع المتوهم من الأذى كما في القواسق « فلأن يكون مأذونا في دفع المتحقق منه أولى ،

سبع عندنا وغيره . مأكول تقديم للنهي عن أكل كل ذي ناب من السباع فنقول : يجب حمله على أنه كان قدر المالية في وقت التنصيص وإلا تلزم المعارضة بينه وبين قوله تعالى - فجزاء مثل ما قتل من النعم - على أن المراد قيمة ما قتل من النعم : وإذا كنتم قتلتم في حديث جابر إن ما بين السنين في الزكاة من كونه مقدرًا بشتين أو عشرين درهما مع أنه ثابت في الصحيح من كتاب الصديق أن التقدير به كان لأنه قدر التفاوت في ذلك الزمان لا أنه تقدير لازم في كل زمان فلأن تقولوا مثله في هذا الحديث مع أنه لم يبلغ درجة ذلك الحديث في الضحة وكون ذلك مخلصا من المعارضة التي ذكرناها أولى ، وقوله في الوجه المعقول (ولأن اعتبار قيمته لمكان الانتفاع بجلده لا لأنه محارب مؤذ) يعني لأنه من هذا الوجه ساقط الجزاء مع أنه يخالف قوله قبله بأسطر (وكونه مقصودا بالأخذ إما لجلده أو ليصطاد به أو لدفع أذاه) حيث زاد باعثا آخر معارض بعموم قوله تعالى - ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم - أوجب قيمة المقتول مطلقا فتعين قيمة مجرد جلده في بعض المقتول خروج عن مقتضاه مع أن أخذه لم ينحصر في طلب جلده كما ذكره هنا ، بل قد يكون لغرض أن يصطاد به كما ذكره قبله ، ومن هذا الوجه تجب قيمته (قوله وقال : إنا ابتدأناه) هذا غريب لا يعرف ، وبتقدير ثبوته فإنما يفيد عدم الجزاء إذا كان المبتلى السبع بمفهوم المخالفة . وهو ليس بحجة عندهم . ولا يمكن استناد عدم الوجوب فيه إلى العدم الأصلي لأن العدم الأصلي قد نسخ بإيجاب الجزاء في الصيد على العموم ، فالمرجح دليل صحيح فهو داخل في الحكم العام

الشرع بتقدير لايزاد عليه برأى لأن المقادير تعرف سماعا (ولأن اعتبار قيمته لمكان الانتفاع بجلده) إذ اللحم غير مأكول (لا لأنه محارب) كما في بعض السباع والليل يعلمه أهل الهند الحاربة بحيث يكسر العسكر ، وهو معنى مطلوب للملوك والسلاطين لكنه خارج عن الصيدية فلا يعتبر ، ولا لأجل معنى الإيذاء فيه لأن الإيذاء معنى لا تقوم له شرعا فبقى اعتبار الجلد (ومن هذا الوجه لايزاد على قيمة الشاة ظاهرا) وقوله (وإذا صال السبع على المحرم) أي وثب (فقتله لاشيء عليه . وقال زفر : يجب الجزاء) عليه (اعتبارا بالجلد) إذاصال على إنسان فقتله الإنسان فإنه يجيب قيمته وإن قتله دفعا عن نفسه (ولنا ما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قتل سبعا وأهدى كبشا ، وقال إنا ابتدأناه) علل الإهداء بالابتداء ، فدل على أن الدافع لا يجب عليه شيء وإلا لم يبق للتعليل فائدة . واعتراض بأن التخصيص بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه فلا يصح الاستدلال . وأجيب بأن ذلك في خطابات الشرع ، أما في الروايات فيدل . وفيه نظر لأن قول عمر في هذا المحل بمنزلة خطابات الشرع لأنه في حيز الاستدلال به فلا يفيد . والجواب أن الاستدلال إنما هو بفعله ، وقوله رواية فيفيده . وقوله (ولأن المحرم ممنوع عن التعرض) استدلال بدلالة حديث القواسق . ووجهه أن قتلها أبيع دفعا للأذى الموهوم ، فلأن يباح

(قوله وفيه نظر ، لأن قول عمر رضي الله عنه في هذا المحل بمنزلة خطابات الشرع) أقول : والجواب أن عدم دلالة التخصيص على نفي الحكم عما عداه إنما هو في كلام الله تعالى وكلام نبيه صلى الله عليه وسلم ، وأما كلام غيرهما فليس كذلك بل بمنزلة الروايات كما يعلم من الأصول ، وهذا هو مراد المجيب ولا شك في صحته (قوله والجواب أن الاستدلال إنما هو بفعله الخ) أقول : كيف يستدل بفعله ولا تعلق له بالمعنى

ومع وجود الإذن من الشارع لا يجب الجزاء حقا له ، بخلاف الحمل الصائل لأنه لا إذن من صاحب الحق وهو العبد (فإن اضطر المحرم إلى قتل صيد فقتله فعليه الجزاء) لأن الإذن مقيد بالكفارة بالنص على ما تلوناه من قبل (ولا بأس للمحرم أن يذبح الشاة والبقرة والبعير والدجاجة والبط الأهلي) لأن هذه الأشياء ليست بصيود لعدم التوحش ، والمراد بالبط الذي يكون في المساكن والحياض لأنه ألوف بأصل الحلقة (ولو ذبح حماما مسرولا فعليه الجزاء) خلافا لمالك رحمه الله . له أنه ألوف مستأنس ولا يمتنع بجناحيه لبطء نهوضه ،

فالأوجه الاستدلال بحديث أبي داود الذي ذكر فيه السبع العادي . والوجه الذي ذكره من الاستدلال بدلالة نص قتل الفواشق فإنه أباحه لتوهم الأذى له : أي للقتال أو لأبناء نوعه ، فمع تحقق الإيذاء له نفسه أولى ، وإذا ثبت الإذن من صاحب الحق سقط الضمان إلا أن يقيد الإذن به ، فما لم يقيد الإذن بالضمان لا يجب ، فلذا قلنا بوجوب الجزاء إذا اضطر المحرم إلى قتل الصيد لمأكله عند عدم صياله لتقيد الإذن فيه بالكفارة . وهو قوله تعالى - فن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية - الآية (قوله بخلاف الحمل الصائل فإنه لا إذن من صاحب الحق) فيضمنه له . وطولب بالفرق بينه وبين العبد إذا صال بالسيف على إنسان فقتله الموصول عليه لا يضمنه مع أنه لا إذن أيضا من مالكة . أجيب بأن العبد مضمون في الأصل حقا لنفسه بالآدمية لا للمولى لأنه مكلف كسائر المكلفين من أقرانه ؛ ألا ترى أنه لو ارتد أو قتل يقتل ، وإذا كان ضمان نفسه في الأصل له سقط بمبيح جاء من قبله وهو المحاربة ، ومالية المولى فيه وإن كانت متقومة مضمونة له فهي تبع لضمان النفس فيسقط التبعية في ضمن سقوط الأصل (قوله مسرولا) بفتح الواو : أي في رجله ريش كأنه سراويل

قتل السبع دفعا للأذى المحقق أولى فكان مأذونا بقتله من الشرع (ومع وجود الإذن منه لا يجب الجزاء حقا له) لسقوطه بإذنه . فإن قيل : الإذن من الشرع لا يستلزم سقوط الجزاء ، فإن المحرم إذا حلق رأسه أو تطيب لعنبر فهو مأذون من الشرع ولم يسقط الجزاء . فالجواب ما يذكره بعد هذا بقوله (لأن الإذن مقيد بالكفارة بالنص على ما تلوناه) وهو قوله تعالى - فن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه - الآية ، فكان فائدة الإذن دفع الحرمة لا غير . وتقريره أن بقاء الجزاء مع إذن صاحب الحق ثابت بالنص ، فلا يقاس عليه غيره . لا يقال : فليحقيق بطريق الدلالة لأن الضرورة في الصول ليست كالضرورة في حلق الرأس ، لأن الأولى نادرة والثانية كثيرة (بخلاف الحمل الصائل لأنه لا إذن من صاحب الحق وهو العبد) ونوقض بالعبد صال بالسيف على رجل فقتله الموصول عليه لا يضمن والإذن لم يوجد من مالكة . وأجيب بأن العبد مضمون في الأصل بأنه آدمي حقا للعبد لاحقا للمولى لكونه مكلفا كمولاه وغيره ، فإذا جاء المبيح من قبله وهو المحاربة أسقط حقه كما إذا ارتد وسقوط ماليته التي هي ملك المولى إنما كان في ضمن سقوط الأصل وهو نفسه فلا معتبر به كما إذا ارتد . وقوله (وإن اضطر المحرم) ظهر معناه لما ذكرناه آنفا ، وقوله (والمراد بالبط) يعني المذكور في القدوري البط (الذي يكون في المساكن) وهو الذي يكون طيرانه كالدجاج في البطء ، ويجوز ذبحه للمحرم . والمسروال بالفتح حمام في رجله

(قوله والثانية كثيرة) أقول : وإذا كان الثاني أكثر كان إلى شرع الزاجر أسوج ليمتنع الناس (قال المصنف : ومع وجود الإذن من الشارع لا يجب الجزاء حقا له) أقول : متقوض بقوله صلى الله عليه وسلم « فليكفر وليحش » ويجوز أن يقال ذلك هل خلاف القياس (قال المصنف : والمراد بالبط الذي يكون في المساكن والحياض) أقول : وأما البط الذي يطير فهو صيد يجب الجزاء بقتله ،

٩٤

ونحن نقول : الحمام متوحش بأصل الحلقة ممتنع بطيرانه وإن كان بطيء النهوض والاستئناس عارض فلم يعتبر (وكذا إذا قتل ظيبا مستأنسا) لأنه صيد في الأصل فلا يبطله الاستئناس كالبعير إذا ندّ لا يأخذ حكم الصيد في الحرمه على المحرم (وإذا ذبح المحرم صيدا فذبيحته ميتة لا يحل أكلها) وقال الشافعي رحمه الله : يحل ما ذبحه المحرم لغيره لأنه عامل له فانتقل فعله إليه . ولنا أن الذكاة فعل مشروع وهذا فعل حرام فلا يكون ذكاة كذبيحة

(قوله الحمام متوحش بأصل الحلقة) والاستثناء عارض ، بخلاف البط الذي يكون في الحياض والبيوت فإنه ألوف بأصل الحلقة (قوله لأنه عامل لغيره) يقتضي ظاهرا أن اللام في لغيره يتعلق بذبحه لا يحل ، ولفظ المبسوط : وقال الشافعي : لا يحل للمحرم القاتل ويحل لغيره من الناس يقتضي تعلقه به ، وهو الحق عن الشافعي وهو أحد قولي . ويمكن توجيه التعليل على هذا الاعتبار بأنه لما لم يحل للقاتل وحل لغيره لم ينزله الشرع عاملا لنفسه بل لغيره فصار عاملا لغيره شرعا وإن لم يقصد هو ذلك فانتقل فعله إليهم فحل لهم سواء ذبح لأجلهم أو لنفسه

ريش كأنه سراويل ، من سرويته إذا ألبسته السراويل . وقوله (ونحن نقول الحمام متوحش) تقريره الحمام متوحش (بأصل الحلقة ممتنع بطيرانه) وكل ما هو كذلك فهو صيد (والاستئناس عارض) جواب لما لك ومعناه الاعتبار للمعاني الأصلية دون العوارض . وعورض بأن الحمام لا يحل بذكاة الاضطرار ، حتى لورى سهما إلى برج الحمام فأصاب حماما مسرولا ومات قبل أن تدرك ذكاته لم يحل ، ولو كان صيد الحل . وأجيب بأن مدار صحة ذكاة الاضطرار هو العجز دون الصيديّة ، ألا ترى أن البعير إذا ندّ حلّ بذبح الاضطرار وليس بصيد لوجود العجز عن ذكاة الاختيار ، والعجز في الحمام غير موجود لأنه يأوى في الليل إلى برجه . وقوله (وكذا إذا قتل ظيبا) ظاهر . قال (وإذا ذبح المحرم صيدا فذبيحته ميتة لا يحل أكلها ، وقال الشافعي رحمه الله) في أحد قولي (إذا ذبحه المحرم لغيره حل لأنه عامل له) حيث ذبحه له وكل من فعل لشخص انتقل إليه ذلك الفعل كما في عامة الثياب فصار كأنه هو الذي ذبحه ، ولو ذبحه ذلك الغير لنفسه جاز له أن يأكله ، فكذا إذا ذبحه له أنحره . فإن قلت : عبارة المصنف وتعليله يدل على أن المذبح يحل له ولغيره ، وذلك لأن التعليل إنما يستقيم إذا كان قوله لغيره متعلقا بذبحه لأنه حينئذ يكون عاملا له ، وإذا كان متعلقا به بقى يحل على إطلاقه ، وذبيحة المحرم سواء كانت لنفسه أو لغيره حرام عليه عنده أيضا قولنا واحدا . قلت : أرى أن يكون قوله لغيره يخدم الفعلين جميعا . وتقديره يحل لغيره ما ذبحه أنحره لغيره . وتخرج نفسه من ذلك لأن التقييد في الروايات مقيد بالاتفاق . فإن قلت : تعليله هذا لا يخلو إما أن يكون صحيحا أولا ، فإن كان الثاني لم تتم الدعوى ، وإن كان الأول لزم أن يحل له لأن الفعل قد انتقل إليه . ولو ذبح حلال صيدا حل أكله للمحرم إن لم يدل عليه أو يشر إليه . قلت : التعليل صحيح . ولكن لا يحل له لأن الدلالة إذا كانت محرمة فالمباشرة لاتقاعد عن الدلالة وإن انتقل الفعل إلى غيره حكما (ولنا أن الذكاة فعل مشروع) بالاتفاق ، وذبح المحرم ليس بفعل مشروع بالنص قوله

كذا في الكافي فيكونان من جنسين مختلفين ، وإلا لشمل الوجود أو العلم (قوله فإن قلت : عبارة المصنف وتعليله يدل على أن المذبح يحل له ولغيره) أقول : فإن قيل : مقتضى هذا التعليل أن لا يحل لغيره إذا كان ذلك الغير محرما لأنه لما انتقل فعل الذابح إليه كان ذابحا وذبيحة المحرم تحرم عليه . قلنا : ذلك أمر حكى لم تقع منه مباشرة حقيقة فلا يكون سببا للحرمه عليه (قوله وذلك لأن التعليل إنما يستقيم الخ) أقول : ممنوع ، بل إذا تعلق يحل يستقيم أيضا ، وكونه عاملا له إنما هو في حكم الشرع ، فإنه لما حرم عليه لم يحمله الشرع عاملا نفسه بل لغيره فتأمل (قوله حرام عليه عنده أيضا قولنا واحدا) أقول : ممنوع ، بل إذا حل من الإحرام يحل له أيضا عنده صرح به الزيلعي

المجوسى ، وهذا لأن المشروع هو الذى قام مقام الميز بين الدم واللحم تيسيرا فينعلم بانعدامه

(قوله وهذا لأن المشروع الخ) حاصله إثبات الملازمة بين المشروعية والإقامة مقام الميز . ثم نرى الثانى فينتفى الأول : أعنى المشروعية وهو المفاد بقوله فينعلم المشروع لانعدامه : أى لانعدام الفعل الذى أقيم ونحن إلى غير هذا الكلام أحوج فى إثبات المطلوب . فإن حاصل هذا إثبات المقدمة القائلة وهذا فعل حرام . وهى إن كانت من المسلمات بيننا وبين الشافعى لم يحتج إليه ، وإن كانت ممنوعة عنده لانتهاص المذكور مثبتا لها عليه . فإنه إذا منع الحرمة منع عدم الإقامة مقام الميز لكنها مسلمة ، ونحن نحتاج بعد تسليم حرمة الفعل إلى أمر زائد . فإن مجرد حرمة لا يوجب حرمة اللحم مطلقا . كالمذبوح شاة الغير لا يذنه لا يصير لها حكم الميتة مع حرمة الفعل فيقال : وهذا فعل حسى محرم فيكون ذلك القبح اعتبر فى عينه على ما هو الأصل عندنا فى إضافة التحريم إلى الأفعال الحسية أنه يضاف القبح إلى عينها لعدم المانع بخلاف الشرعية إلا أن يقوم دليل على خلاف ذلك كما فى ذبح شاة الغير ، ونعنى بثبوت القبح لذاته مع أنه إنما ذبح لغرض صحيح هو أن يأكله كون الشرع اعتبره قبيحا لعينه لأنه جعله عبثا حيث أخرج الذابح عن الأهلية والمذبوح عن المحلية فصار فعلا فى غير محله فكان عبثا باعتبار الشارع . كما لو اشتغل عاقل بذبوح حجر ونحوه فإنه يعدّ جونا أو بخرية ، بخلاف شاة الغير فإنه لم يثبت إخراجها عن محلية الذبح شرعا للأجنبي وإخراجه عن الأهلية بالنسبة إليها فلم يعدّ عبثا شرعا ، وإذا صار ذبح المحرم عبثا شرعا صار قبيحا لعينه فلا يفيد حكم الحل فيما كان محرم الأكل : أعنى الصيد قبل ذبحه . بى دليل الإخراجين ، وذلك أن قوله تعالى - وحرّم عليكم صيد البر مادّمتم حرما - يفيدهما ، وقوله تعالى - لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم - يفيد إخراج المحرم عن أهلية الذبح فقط ، وهذا لأن الأول أضاف التحريم إلى العين وهى تفيد المبالغة ، فإن الأصل أن تضاف الأحكام إلى أفعال المكلفين . فإذا أضيفت إلى العين كان إخراجها عن محلية الفعل الذى هو متعلق الحرمة بالأصالة ، فإنه جعل نفس هذا العين حرما ونفس الحرام لا يقترب منه فكان منعا عن الاقتراب منه نفسه ، وهذا إخراجها عن المحلية . ولو قلنا إن إضافته إلى العين يجب أن تكون مجازا عقليا لم يضرنا ، إذ العدول عن إضافته إلى الفعل إلى إضافته إلى نفس العين سببه ما قلنا . وأفاد الثانى أن التحريم بمعنى من جهة الذابح وهو الإحرام فأوجب إخراجها عن الأهلية ، والإحرام هو السبب فى الأمرين معا على التحقيق فلذا قال فى المسئلة التى تلى هذه لأن الإحرام هو الذى أخرج الصيد عن المحلية والذابح

تعالى - لا تقتلوا الصيد - سماه قتلا دون الذبح أو الذكاة إشارة إلى أنه لا يوجب الحل ونهاهم عنه ، وهو يدل على التحريم لعينه لكونه بمعنى النى . ونوقض بذبوح شاة الغير بغير إذنه فإنه حرام لا محالة . فكان الواجب أن لا يقع ذكاة ولا يحل أكله وليس كذلك . والجواب أن المصنف رحمه الله أشار إلى الجواب عن هذا بقوله (وهذا لأن المشروع) أى من الذبح (هو الذى قام مقام الميز بين الدم واللحم تيسيرا) وبيانه أن الدم منجس للحيوان فلا بدّ من تمييزه عن اللحم ليصلح للأكل وذلك أمر متعسر خفى ، وله سبب ظاهر وهو قطع عروق الذبح فأقيم الذبح مقام الميز بين الدم واللحم تيسيرا ، والذبح الذى قام مقامه معلوم ههنا لأن المقيم لذلك هو الشرع ، ولم يقم ههنا حيث أخرج الصيد عن المحلية بالنسخ يعنى بقوله تعالى - وحرّم عليكم صيد البر مادّمتم حرما - كما قال - حرّم عليكم أمهاتكم - فأخرجهن عن محلية النكاح ، بخلاف ذبح شاة الغير بغير أمره فإن الشرع لم يخرجها

(قوله ونهاهم عنه إلى قوله بمعنى النى) أقول : إذ النهى فى الأفعال الحسية بمعنى النى كما حقق فى علم الأصول .

(فإن أكل المحرم الذابح من ذلك شيئا فعليه قيمة ما أكل عند أبي حنيفة) رحمه الله (وقالوا : ليس عليه جزاء ما أكل ، وإن أكل منه محرم آخر فلا شيء عليه في قولهم جميعا) لهما أن هذه ميتة فلا يلزمه بأكلها إلا الاستغفار وصار كما إذا أكله محرم غيره . ولأبي حنيفة رحمه الله أن حرمة باعتباره كونه ميتة كما ذكرنا ، وباعتباره أنه محظور لإحرامه لأن إحرامه هو الذي أخرج الصيد عن المحلية والذابح عن الأهلية في حق الذكاة فصارت حرمة تناول بهذه الوسائط مضافة إلى إحرامه بخلاف محرم آخر لأن تناوله ليس من محظورات إحرامه (ولا بأس بأن يأكل المحرم لحم صيد اصطاده حلال وذبحه إذا لم يدل المحرم عليه ولا أمره بصيده) خلافا لمالك رحمه الله فيما إذا اصطاده لأجل المحرم ،

عن الأهلية (قوله فعليه قيمة ما أكل عند أبي حنيفة) يعني سواء أدى ضمان المذبح قبل الأكل أو لا ، غير أنه إن أدى قبله ضمن ما أكل على حدته بالغ ما بلغ ، ، وإن كان أكل قبله دخل ضمان ما أكل في ضمان الصيد فلا يجب له شيء بانقراذه . وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي : لا رواية في هذه المسئلة ، فيجوز أن يقال : يلزمه جزاء آخر ، ويجوز أن يقال : يتداخلان ، وسواء تولى صيده بنفسه أو أمر غيره أو أرسل كلبه . ولا فرق بين أن يأكل المحرم أو يطعم كلابه في لزوم قيمة ما أطمع لأنه انتفع بمحظور إحرامه (قوله فصارت حرمة تناول النخ) يعني أن حرمة تناول بواسطة أنه ميتة وكونه ميتة بواسطة خروجه عن الأهلية والصيد عن المحلية وثبوتها معا بواسطة الإحرام ، فكان الأكل من محظورات إحرامه بواسطة ، وسبب السبب سبب خصوصاً وهذه حرمة يحاط في إثباتها لما تقدم من شرع الكفارة مع العذر فيجب به الجزاء ، وبهذا التعليل استغنى الشيخ عن إيراد الفرق بين هذا وبين ما لو أكل الحلال من لحم ذبحه من صيد المحرم بعد أداء قيمته ، لأن الأكل ليس من محظورات المحرم بل تفويته الأمن الذي استحقه بحلوله في المحرم فقط وقد ضمنه إذ فوته فكان حرمة لكونه ميتة فقط . وعن هذا ما في خزائن الأكل : لو شوى المحرم بيض صيد فعليه جزاؤه وللحلال أكله ، ويكره بيعه قبل ذلك ، فإن باعه جاز ويجعل ثمنه في القداء إن شاء ، وكذا شجر المحرم واللبن ، وكذا لو شوى جرادا أو بيضا ضمنه ، ثم إن أكله لاجزاء عليه ولا يحرم بخلاف الصيد (قوله خلافا لمالك فيما إذا اصطاده لأجل المحرم) يعني بغير أمره ،

عن المحلية فكان منهيها ، والنهي يدل على المشروعية كما عرف في الأصول . وقوله (فإن أكل المحرم الذابح من ذلك شيئا فعليه قيمته عند أبي حنيفة) قال الإمام الترمذى (إذا أكل بعد ما أدى الجزاء ، وأما إذا أكل قبل ذلك فقد دخل قيمة ما أكل في الجزاء ، وقوله (وقالوا) ظاهر . وقوله فصارت حرمة تناول بهذه الوسائط) يريد أن حرمة تناول باعتباره كونه ميتة ، وكونه ميتة باعتبار خروج الصيد عن المحلية وخروج الذابح عن الأهلية وذلك باعتبار الإحرام فكانت الحرمة (مضافة إلى الإحرام) بهذه الوسائط فكان متناولاً محظوراً لإحرامه فيجب عليه الجزاء . وظهر من هذا الجواب عما إذا ذبح الحلال صيدا في المحرم فأدى جزاءه ثم أكل منه فإنه لا يلزمه شيء آخر لأنه لم يتناول محظوراً لإحرامه ، وإنما وجب جزاء المحل وهو لا يتكرر ، فإن استشكل بالمحرم كسر بيض صيد فأدى جزاءه ثم شواه فأكله فإنه تناول محظوراً لإحرامه ولم يلزمه شيء آخر . أجب بأن وجوب الجزاء في البيض ليس لذاته بل باعتبار أنه أصل الصيد كما ذكرناه وبعد الكسر لم يبق هذا المعنى . وقوله (فيما إذا اصطاده لأجل المحرم)

(قوله أجب بأن وجوب الجزاء في البيض ليس لذاته الخ) أقول : توضيحه أنه لا مجال في البيض أن يحمل ميتة إذ ليس محل الذبح حتى يجرى فيه ما قيل في ذبيحة المحرم (قال المصنف : له قوله صلى الله عليه وسلم « لا بأس بأن يأكل المحرم لحم صيد مالم يصد أو يصاد له ») أقول : قال الفاضل الطيبي في المشكاة : فيه إشكال لأن الظاهر يقتضي الجزم وغاية ما يتكلف فيه أن يقال إنه عطف على المعنى ، فإنه لو قيل مالا تصيدونه أو يصاد لكم لكان ظاهراً فيقدر هذا المعنى اه (قوله وقوله فيما إذا اصطاده لأجل المحرم الخ) أقول : وفي فتح القدير : يعني بغير أمره . أما إذا اصطاد

له قوله صلى الله عليه وسلم « لا بأس بأكل المحرم لحم صيد ما لم يصد أو يصاد له » ولنا ما روى أن الصحابة رضى الله عنهم تذاكروا لحم الصيد في حق المحرم ، فقال صلى الله عليه وسلم « لا بأس به » واللام فيما روى لام تملك فيحمل على أن يهدى إليه الصيد دون اللحم ، أو معناه أن يصاد بأمره . ثم شرط عدم الدلالة ، وهذا تنصيص على أن الدلالة محرمة ،

أما إذا اصطاد الحلال لمحرم صيدا بأمره اختلف فيه عندنا ، فذكر الطحاوي تحريمه على المحرم . وقال الجرجاني : لا يحرم . قال القدوري : هذا غلط واعتمد على رواية الطحاوي (قوله له قوله عليه الصلاة والسلام) الحديث على ما في أبي داود والترمذي والنسائي عن جابر « لحم الصيد حلال لكم وأنتم حرم ما لم تصيدوه أو يصاد لكم » هكذا بالألف في يصاد ، فعارضه المصنف ثم أوله دفعا للمعارضة . أما المعارضة فيما روى محمد بن الحسن : أخبرنا أبو حنيفة عن محمد بن النكدر عن عثمان بن محمد عن طلحة بن عبيد الله قال « تذاكرنا لحم الصيد يأكله المحرم والنبي صلى الله عليه وسلم نأثم ، فارتفعت أصواتنا فاستيقظ رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : فيم تنازعون قتلنا : في لحم الصيد يأكله المحرم ؟ فأمرنا بأكله » أخرجه في الآثار . وروى الحافظ أبو عبد الله الحسين بن خسر والبلخي في مسند أبي حنيفة عن أبي حنيفة عن هشام بن عروة عن أبيه عن جده الزبير بن العوام قال : كنا نحمل الصيد صفيفا وكنا نزوده ونأكله ونحن محرمون مع رسول الله صلى الله عليه وسلم واختصره مالك في موطنه . وأما التأويل فيوجهين ، كون اللام للملك والمعنى أن يصطاد ويجعل له فيكون تملك عين الصيد من المحرم وهو ممتنع أن يملكه فيأكل من لحمه ، والحمل على أن المراد أن يصاد بأمره وهذا لأن الغالب في عمل الإنسان لغيره أن يكون بطلب منه فليكن محمله هذا دفعا للمعارضة . وقد يقال : القواعد تقتضي أن لا يحكم هنا بالمعارضة والترجيح لأن قول طلحة

يعنى أن ينوى أن يكون الاصطياد له سواء أمره بذلك أو لم يأمره . وقوله (تذاكروا لحم الصيد في حق المحرم) يريد به ما روى عن طلحة أنه قال : « تذاكرنا لحم الصيد في حق المحرم ، فارتفعت أصواتنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم نأثم في حجرته ، فقال : فيم أنتم ؟ فذكرنا ذلك له (فقال عليه الصلاة والسلام : لا بأس به) . وقوله (واللام فيما روى) يعنى ما كان قوله أو يصاد له (لام تملك فيحمل على أن يهدى إليه الصيد دون اللحم) وهذا لأن تملك الصيد إنما يتحقق فيما إذا أهدى الصيد إلى المحرم لا فيما إذا أهدى إليه اللحم لأن اللحم لا يسمى صيدا حقيقة فيكون مقتضى الحديث حرمة تناول الصيد على المحرم ، وبه نقول لأنه ثبت « أن الصعب بن جثامة اللبثي أهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم حمارا وحشيا وهو بالأبواء فرد عليه ، فلما رأى ما في وجهه قال : إن لم نرده عليك إلا أنا حرم » (أو يكون معنى أو يصاد له يصاد بأمره) واعلم أن هذا الحديث روى بالرفع أو يصاد ، وحينئذ لاتمسك له بهذه الرواية لأنه يقتضى الحل إذا صاد غيره لأجله لأنه صار معطوفا على المغيلا على الغاية ، ورواية كتب الحديث مثل سنن أبي داود والترمذي والنسائي بالألف هكذا ، وإنما يصح له التمسك به على ما روى أو يصدله ليصير معطوفا على

الحلال لمحرم صيدا بأمره اختلف فيه عندنا فذكر الطحاوي تحريمه على المحرم . وقال الجرجاني : لا يحرم . قال القدوري : هذا غلط واعتمد على رواية الطحاوي (قوله سواء أمره بذلك) أقول : فيه بحث ، فإنه على الوفاق لأعلى الخلاف كما يدل عليه كلام المصنف (قوله واعلم أن هذا الحديث روى بالرفع ، إلى قوله : لأنه صار معطوفا على المغيلا على الغاية) أقول : فينبغي أن يكون منصوبا إلا أن يقال : هو معطوف على أن مع الفعل فلما حذف أن في المعطوف رفع كما في * ألا أيها الزاجري أحضر الوشى * أو يقال : قد تهمل أن الناصبة حملا على أختها ما المصدرية كما في قراءة ابن محيصن - لمن أراد أن يتم الرضاعة - وقول الشاعر :

أن تقرأن على أسماء ويحكى منى السلام وأن لاتشرا أحدا

قالوا : فيه روايتان . ووجه الحرمة حديث أبي قتادة رضى الله تعالى عنه وقد ذكرناه (وفي صيد الحرم إذا ذبحه الحلال قيمته يتصدق بها على الفقراء) لأن الصيد استحق الأمن بسبب الحرم .

« فأمرنا بأكله » مقيد عندنا بما إذا لم يدلله الحرم ولا أمره بقتله على ما هو المختار للمصنف إعمالا لحديث أبي قتادة ، فيجب تخصيصه بما إذا لم يصد للمحرم بالحديث الآخر لدخول الظنية في دلالة . وحديث الزبير حاصله نقل وقائع أحوال لا عموم لها ، فيجوز كون ما كانوا يحملونه من لحوم الصيد للزود مما لم يصد لأجل المحرمين ، بل هو الظاهر لأنهم يزودونه من الحضر ظاهرا ، والإحرام بعد الخروج إلى الميقات ، فالأولى به الاستدلال على أصل المطلوب بحديث أبي قتادة على وجه المعارضة على ما في الصحيحين ، فإنهم لما سأله عليه الصلاة والسلام لم يجب بحله لهم حتى سألهم عن موانع الحل أكانت موجودة أم لا ، فقال صلى الله عليه وسلم « أمنكم أخذ أمره أن يحمل عليها أو أشار إليها ؟ قالوا لا ، قال : فكلوا إذا » فلو كان من الموانع أن يصاد لهم لنظمه في سلك ما يسأل عنه منها في التفحص عن الموانع ليجيب بالحكم عند خلوه عنها ، وهذا المعنى كالصريح في نفي كون الاصطياد للمحرم مانعا فيعارض حديث جابر ويقدم عليه لقوة ثبوته ، إذ هو في الصحيحين وغيرهما من الكتب الستة ، بخلاف ذلك ، بل قيل في حديث جابر لحم الصيد الخ انقطاع ، لأن المطلب بن حنطب لم يسمع من جابر عند غير واحد ، وكذا في رجاله من فيه لين . وبعد ثبوت ما ذهبنا إليه بما ذكرنا يقوم دليل على ما ذكره المصنف من التأويل هذا . ويعارض الكل حديث الصعب بن جثامة في مسلم « أنه أهدى للنبي صلى الله عليه وسلم لحم حمار ، وفي لفظ : رجل حمار ، وفي لفظ : عجز حمار ، وفي لفظ : شق حمار فردّه عليه ، فلما رأى ما في وجهه قال : إنا لم نرده عليك إلا أنا حرم » فإنه يقتضى حرمة أكل المحرم لحم الصيد مطلقا سواء صيد له أو بأمره أو لا ، وهو مذهب نقل عن جماعة من السلف منهم على بن أبي طالب رضى الله عنه ، ومذهبنا مذهب عمر وأبي هريرة وطلحة بن عبيد الله وعائشة رضى الله عنهم ، أخرج عنهم ذلك الطحاوى رحمه الله . وقول الشافعى رحمه الله حديث مالك وهو أنه أهدى له حمارا أثبت من حديث من قال إنه أهدى له من لحم حمار : يعنى فيكون ردّه امتناع تملك المحرم الصيد منع بأن الروايات كلها على ما ذكرنا أول الحديث تدل على البعضية . ولا تعارض بين رجل حمار وعجزه وشقه على ما لا يخفى ، إذ يندفع بإرادة رجل معها الفخذ وبعض جانب الذبيحة فوجب حمل رواية أهدى حمارا على أنه من إطلاق اسم الكل على البعض لما ذكرنا ولتعينه لامتناع عكسه ، إذ إطلاق الرجل على كل الحيوان غير معهود ، لا يطلق على زيد إصبع ونحوه ، لأنه غير جائز لما عرف من أن شرط إطلاق اسم البعض على الكل التلازم كالرقبة على الإنسان والرأس فإنه لا إنسان دونهما ، بخلاف نحو الرجل والظفر . وأما إطلاق العين على الربيثة فليس من حيث هو إنسان بل من حيث هو رقيب . وهو من هذه الحيشة لا يتحقق بلا عين على ما عرف في التحقيقات ، أو هو أحد معانى المشترك اللفظى كما عدّه لأكثر منها . ثم إن في هذا الحمل ترجيحاً للأكثر أو نحكم بغلط تلك الروايات بناء على أن الراوى رجّع عنها تبينا لغلطه ، قال الحميدى : كان سفيان يقول في الحديث : أهديت لرسول الله صلى الله عليه وسلم لحم حمار وحش ، وربما قال : يقطر دما ، وربما لم يقل ذلك ، وكان فيما

الغاية وهى ضعيفة . وقوله (قالوا) أى المشايخ (فيه) أى في شرط عدم الدلالة لإباحة الأكل (روايتان) في رواية يحرم وهو اختيار الطحاوى ، وفي رواية لا يحرم وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني ، قال (وفي صيد الحرم إذا ذبحه الحلال) . إذا قتل الحلال صيد الحرم وجب عليه (قيمته يتصدق بها على الفقراء) لما ذكر في الكتاب

على ما هو قول البصريين نصر عليه ابن هشام في منى اللبيب ، لكن الخصم يقول ، هو عطف على المجزوم على المعنى .

خلا : قال حمار وحش ، ثم صار إلى اللحم حتى مات . وهذا يدل على رجوعه وثباته على ما رجع إليه . والظاهر أنه لتبينه غلظه أولا . قال الشافعي رحمه الله : وإن كان أهلى له لحما فقد يحتمل أن يكون علم أنه صيد له فردّه عليه اه فإن قيل : إن التعليل ما وقع إلا بالإحرام . فلو كان كما ذكره الشافعي رحمه الله لقال بأنك صدته لأجل . قلنا : كلام الشافعي رحمه الله يتضمن ذلك . يعني علم أنه قد صيد لأجله وهو محرم فردّه عليه معللا بالإحرام بسبب أنه يمنع من أكل ما صيد للمحرم ، وبه يقع الجمع بين حديث الصعب وحديث أبي قتادة وجابر السابق على رأى من يقول : يحرم على المحرم ما صيد لأجله . أما على رأينا وهو إباحته بغير هذا الشرط فلا يقع الجمع بينه وبين حديث أبي قتادة ، فإنما قلنا : إنه يفيد عدم اشتراط أن لا يصاد لأجله على ما ذكرنا ، فإن حمل حديث الصعب على أنه علم أنه صيد لأجله تعارضا فإنما يصار إلى الترجيح فيترجح حديث أبي قتادة بعدم اضطرابه أصلا . بخلاف حديث الصعب فإنه قال في بعض رواياته : إنه عليه الصلاة والسلام أكل منه . رواه يحيى بن سعيد عن جعفر عن عمرو ابن أمية الضمري عن أبيه « أن الصعب بن جثامة أهلى نرسول الله صلى الله عليه وسلم عجز حمار وهو بالجحفة فأكل منه وأكل القوم » وما قيل هذه الرواية منكورة . فإن في جميع الروايات أنه لم يأكل منها إلا في هذه الرواية ، أحسن منه أن يجمع بعد ثبوت صحة هذه الرواية بأن الذي تعرضت له تلك الروايات ليس سوى أنه ردّه . وعلى بالإحرام ، ثم سكّت الكل على هذا القدر . فن الجائر أن يكون لما رده معللا بذلك بناء على ظن أنه صيد لأجله ذكر له أنه لم يصده لأجله فقبله بعد الرد وأكل منه . وهذا جمع على قول من يشترط عدم الاصطيات لأجله . وعلى قول لكل ما قال البيهقي بعد ما ذكر الرواية التي ذكرناها قال : وهذا إسناد صحيح . فإن كان محفوظا فكأنه رد الحى وقيل اللحم اه . إلا أن هذا جمع بإنشاء إشكال آخر وهو رد رواية أنه رد اللحم وهي بعد صحتها ثبت عليها الراوى ورجع عما سواها على ما قدمناه ، إلا أن يدعى أنه عبر بالبعض عن الكل في رواية رد اللحم وفيه ما قدمناه . وعلى كل حال ففي هذا الحديث اضطراب ليس مثله في حديث أبي قتادة فكأن هو أولى . فإن قيل : إن حديث أبي قتادة كان سنة ست في عمرة الحديبية ، وحديث الصعب كان في حجة الوداع فيكون ناسخا لما قبله . قلنا أما أن حديث الصعب كان في حجة الوداع فلم يثبت عندنا . وإنما ذكره الطبري وبعضهم ولم نعلم لهم فيه ثبوتا صحيحا . وأما حديث أبي قتادة فإنه وقع في مسند عبد الرزاق عنه قال : « انطلقنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الحديبية فأحرم أصحابه ولم أحرم » فساق الحديث . ففي الصحيحين عنه خلاف ذلك ، وهو ما روى عنه « أن النبي عليه الصلاة والسلام خرج حاجا فعرجوا معه فصرف طائفة منهم أبو قتادة وقال لهم : خذوا ساحل البحر حتى نلتقى » الحديث ومعلوم أنه عليه الصلاة والسلام لم يحج بعد الهجرة إلا حجة الوداع فكان بالتقديم أولى . ومما يدل على ما ذهبنا إليه حديث البهزي : أخرج الطحاوي عن عمير بن سلمة الضرير قال : « بينا نحن نسير مع رسول الله صلى الله عليه

وهو واضح . فإن قيل : الصيد كما استحق الأمن بسبب الحرم فكنلك استحقه بسبب الإحرام ، فإذا قتل المحرم صيد الحرم ينبغي أن يجب عليه كفارتان وليس كذلك . قلت : وجوب الكفارتين وجه القياس ، صرح بذلك في الإيضاح . ووجه الاستحسان ما ذكر في شرح الطحاوي أن حرمة الإجماع أقوى لأن المحرم يحرم عليه الصيد في الحل والحرم جميعا فاستتبع الأقوى الأضعف .

(قوله قلت وجوب الكفارتين وجه القياس إلى آخر قوله فاستتبع الأقوى الأضعف) أقول : في قوله وجه القياس بحث ، والوجه جواب القياس .

قال صلى الله عليه وسلم في حديث فيه طول « ولا ينفر صيدها » (ولا يجزیه الصوم) لأنها غرامة وليست بكفارة ، فأشبهه ضمان الأموال ، وهذا لأنه يجب بتفويت وصف في المحل وهو الأمن والواجب على المحرم بطريق الكفارة جزاء على فعله لأن الحرمة باعتبار معنى فيه وهو إحرامه ، والصوم يصلح جزاء الأفعال لاضمان الحال . وقال زفر : يجزیه الصوم اعتبارا بما وجب

وسلم ببعض أفناء الروحاء وهو محرم إذا حمار معقور فيه سهم قدم مات ، فقال عليه الصلاة والسلام : دعوه فيوشك صاحبه أن يأتيه ، فجاء رجل من بهز هو الذي عقر الحمار ، فقال : ارسل الله هورميتي فشأنكم به ، فأمر النبي عليه الصلاة والسلام أبا بكر أن يقسمه بين الرفاق وهم محرمون « وجه الاستدلال أن ترك الاستفصال في وقائع الأحوال ينزل منزلة العموم في المقال (قوله قال صلى الله عليه وسلم) روى الستة عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : لما فتح الله على رسوله صلى الله عليه وسلم مكة قام النبي صلى الله عليه وسلم فيهم فحمد الله عز وجل وأثنى عليه ثم قال : فإن الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين ، وإنما أحلت لي ساعة من النهار ، ثم بقيت حرمتها إلى يوم القيامة . لا يعضد شجرها ولا ينفر صيدها ولا يختلي خلاها ولا تحل ساقطها ، فقال العباس : إلا الإذخر فإنه لقبورنا وبيوتنا . فقال عليه الصلاة والسلام إلا الإذخر « والخلى بالمعجمة مقصورا الحشيش إذا كان رطباً واختلاؤه قطعه (قوله والواجب على المحرم الخ) حاصل ما هنا أن حرمة القتل ثابتة في الصورتين ، غير أن سببها في الإحرام وجوب الجري على موجه ، فإنه عبارة عن الدخول في حرمة عبادة الحج أو العمرة بالتزام ما يمنع منه حال التلبس بها كالدخول في حرمة الصلاة ، ومنه عدم التعرض للصيد فكان حكمة منعه ، والله سبحانه أعلم كونه يهيج النفس إلى حالة تنافي حالة الإحرام التي هي التصور بصورة الموت والفاقة فإن فيه ضراوة ، وحالة الإحرام ضراوة قد ظهر أثرها أكثر من ظهوره في سائر العبادات ؛ ألا ترى إلى كشف الرأس والتلفف بثياب الموت فإذا قتله فقد جنى على العبادة حيث لم يجر على موجبها وجبر العبادة المحضة بعبادة محضه فدخله الصوم . وأما في الحرم فسيبها إبقاء أمنه الحاصل له شرعا بسبب الإيواء إلى حمى الله تعالى ، فإذا قوته وجب الجزاء لتفويت ذلك الوصف الكائن في المحل لالجنابة على عبادة تلبس بها والتزمها بعقد خاص بارتكاب محظورها فلا يدخل الصوم فيه كتفويت أمن كائن لمملوك رجل في ماله لاستهلاكه لا يكون بصوم ونحوه بل جبر الأمن الفائت بإثبات أمن للفقير عن بعض الحاجات أنسب لأنه من جنس الجبور ، وعلى وفق هذا وقع في الشرع ، إلا أن مستحق هذا

وقوله (ولا يجزیه الصوم) فرق بين قتل المحرم الصيد وقتل الحلال صيد الحرم ، في جواز الصوم في الأول دون الثاني بما حاصله أن الواجب على المحرم جزاء فعله ، ولهذا تعدد إذا قتل المحرم الصيد واحدا ، وعلى الحلال بدل ما فات عن المحل من وصف الأمن ، والصوم يجوز أن يقع جزاء الفعل لا بدل المحل . فإن قلت : هذا يناقض ما ذكرت آنفا أنه يؤدي في ضمن أداء جزاء الإحرام إذا قتل المحرم صيد الحرم لأن بدل المحل لا يؤدي في ضمن أداء جزاء الإحرام كما إذا قتل صيدا مملوكا . فالجواب أن ما قلنا من الاستتباع إنما كان فيما تكون الحرمان لواحد وهو الله تعالى ، وما ذكرتم ليس كذلك لأن ما وجب فيه يلزم الفعل لله تعالى وما وجب يلزم المحل وجب للعبد ، ولا يمكن أن يقضى بما لله مالم للعبد لأن افتقار العبد مانع بخلاف الأول . وعورض بأنه لو كان بدل المحل لوجب على الصبي والمجنون والكافر إذا استهلكوا صيد الحرم وليس كذلك . وأجيب بأنه وإن كان ضمان المحل لكن فيه معنى الجزاء حتى إن حلالا إن أصاب صيد الحرم فقتله في يده حلال آخر فعلى كل واحد منهما جزاء كامل لما أن

على المحرم ، والفرق قد ذكرناه ، وهل يجزئ الهدي ؟ فقيه روايتان

الضمان هو الله سبحانه ، فتجاذبه أصلاً : شبه الغرامات اللازمة لتفويت المحال ، وكونه حقاً من حقوق الله تعالى فرتبنا على كل وجه مقتضاه محتاطين في الترتيب المذكور فقلنا : لا يدخله الصوم نظراً إلى أنه ضمان محل . ولا ضمان على الصبي لو قتل صيد الحرم . ولو قتل الصيد حلال في يد حلال صاده من الحرم وجب على كل واحد منهما ضمان كامل لتفويت كل الأمن الواحد الثابت للصيد ، أحدهما بالأخذ ، والثاني بالقتل بعد ما كان بعرضية أن يطلقه ، وفي مثليهما من ضمان المتلفات قيمة واحدة على الآخذ . واتفقوا هنا على رجوع الآخذ على القاتل . أما على قول أبي حنيفة فظاهر لأنه في الإحرام يقول يرجع الآخذ على القاتل مع جناية ليس ضمان محل فهنا أولى . وهما منعا الرجوع هناك وأثبتناه هنا لأنه ضمان محل من وجه ، وفي ضمان الخلل يرجع على من يقرر الضمان . وإذا تأملت رأيت خصوص الاعتبار في كل مسألة من هذه بحجة دون الجهة الأخرى لأنه اللائق فيها فتأمل مستعينا بالله تعالى ترشد إن شاء الله تعالى . ثم يدخل جزاء صيد الحرم في جزاء صيد الإحرام ، فلو قتل محرم صيد الحرم وجب عليه جزاء واحد على وفق جزائه للإحرام خاصة . وتحقيق هذا المقام أن الثابت هنا حق واحد لله تعالى بسبب ارتكابه حرمة واحدة ، وذلك لأن المتحقق أن الله تعالى حرم قتله ووضع لهذه الحرمة سببين : حلوله في الحرم . ووجود الإحرام ، فأيهما وجد استقل بإثارة الحرمة ، فإذا وجدا معا وهو الإحرام في الحرم لم يتحقق سوى تلك الحرمة ، وثبوت الأمن إنما هو عن هذه الحرمة وعلمت أنها حرمة واحدة فهنا أمر واحد عن حرمة واحدة فوّت ، غير أن الله تعالى رتب على انتهاك الحرمة الكائن بالقتل حال كونها عن سبب الإحرام جزاء يدخله الصوم ودل النظر السابق حال كونها عن حلول الصيد في الحرم على وجوب جزاء لا يدخله ، فإذا ثبتت الحرمة عن السببين جميعاً بأن كان محروماً في الحرم ثم انتهكت بالقتل فيه تعذر في الجزاء اللازم اعتباره في الوجهين جميعاً فلزم اعتباره على أحدهما فرأينا اعتباره على الوجه الذي اعتبره صاحب الشرع وهو ما إذا كان القتل مع الإحرام هو الوجه لأنه أقوى السببين فقلنا بذلك . وإنما كان أقوى لأن كونه سبباً للضمان منصوص عليه بالنص القطعي ، قال تعالى - فجزاء مثل ما قتل من النعم - بخلاف الكون في الحرم فإن النصوص إنما أفادت سبباً لحرمة انتعاض ، ولم يصرح بلزوم الجزاء ذاك التصريح فظهر العلماء على أنه تفويت أمن مستحق كالقتل في الإحرام فوجب الضمان على ذلك الوجه : أعني على وجه لا يدخل فيه الصوم وعليه ترديد نوره في جناية القارن ، والله سبحانه أعلم (قوله وهل يجزئ الهدي ؟ فيه روايتان) في رواية لا فلا يتأدى بإلراقة بل لا بد من التصديق بلحمه بعد أن تكون قيمة اللحم بعد الذبيح مثل قيمة الصيد لا إذا كان دونه ، ولذا لو سرق المذبوح وجب أن يقيم غيره مقامه لأنه لا مدخل للإلراقة في غرامات الأموال . وفي أخرى يتأدى فتكون الأحكام المذكورة على عكسها ، وإنما يشترط كون قيمة الهدي قبل الذبيح قيمة المقتول لأن الحق لله تعالى والهدي مال يجعل لله تعالى ، وإلراقة الدم طريق صالح شرعاً لجعل المال

كل واحد منهما متلف من جهة أحدهما بالأخذ المفقوت للأمن والثاني بالإتلاف حقيقة ، فلم يلزم على من ذكرتم نظراً إلى الجزاء (وهل يجزئ الهدي ؟ فيه روايتان) إحداهما أن الواجب لا يتأدى بإلراقة الدم بل بالتصدق باللحم فيشترط أن تكون قيمة اللحم مثل قيمة الصيد ؛ وإن سرق المذبوح عاد الواجب كما كان ، والأخرى أنه يتأدى بها إذا كانت قيمته قبل الذبيح مثل قيمة الصيد ، فإن سرق المذبوح لم يبق عليه شيء لأن الهدي مال يجعل لله تعالى ، وإلراقة الدم طريق صالح لذلك شرعاً كالنصديق ؛ ألا ترى أن المضحى يجعل الأضحية لله خالصة بإلراقة

(ومن دخل الحرم بصيد فعليه أن يرسله فيه إذا كان في يده) خلافا للشافعي رحمه الله ، فإنه يقول : حق الشرع لا يظهر في مملوك العبد لحاجة العبد . ولنا أنه لما حصل في الحرم وجب ترك التعرض لحرمة الحرم إذ صار هو من صيد الحرم فاستحق الأمن لما رويناه (فإن باعه رد البيع فيه إن كان قائما) لأن البيع لم يجز لما فيه من التعرض للصيد وذلك حرام (وإن كان قائما فعليه الجزاء) لأنه تعرض للصيد بتفويت الأمن الذي استحقه (وكذلك بيع الحرم الصيد من محرم أو حلال) لما قلنا

له خالصا كالتصدق ؛ ألا ترى أن المضحى يجعل الأضحية خالصة له سبحانه بإراقة دمها (قوله ومن دخل الحرم بصيد) أي وهو حلال حتى يظهر خلاف الشافعي رحمه الله ، فإنه لو كان محرما وجب إرساله بمجرد الإحرام اتفاقا (قوله خلافا للشافعي) قاسه على الاسترقاق فإن الإسلام يمنعه حقا لله تعالى ولا يرفعه ، حتى إذا ثبت حال الكفر ثم طرأ الإسلام لا يرتفع ، علم من هذا أن حق الشرع لا يظهر في محلول العبد بعد تقرر ملكه بطريقه تفضلا من تعالى لحاجة العبد وغناه : وهذا كذلك ، وهذا ما ذكره المصنف . وحاصله تقرير الجامع وترك المقيس عليه ، وتلخيصه مملوك للعبد بطريق صحيح فلا يظهر فيه حق الشرع وإن كان يمنعه في هذه الحالة إذا لم يكن تحقق كالاسترقاق ، ولك في اعتبار القياس أن يجعله ملك الصيد على الاسترقاق أو الصيد المملوك على المرقوق (قوله ولنا الخ) حقيقته أنه استدلال بالنص فيقدم على القياس : تقريره : هذا صيد الحرم وما كان كذلك لا يحل التعرض له بالنص فهذا لا يحل التعرض له بالنص . أما الأولى فلا لأنه ليس يراد بصيد الحرم إلا ما كان حالا فيه . وأما الثانية فلا إطلاق النص المذكور من السنة ولم يوجد مثله في الرق بل ثبت شرعا بقاؤه بعد الإسلام بل عداه إلى أولاد الإماء من أزواجهن وإن لم يتصف الزوج بالكفر قط ، ويمكن كون سر هذا الفرق التغليظ على من أمر فخالف لأن الرق حكم هذه المخالفة ، بخلاف من لم يخالف وهو الصيد (قوله فإن باعه) يعني بعد ما أدخله الحرم (رد البيع فيه إن كان قائما) ووجبت قيمته إن كان هالكا سواء باعه في الحرم أو بعد ما أخرجه إلى الحل لأنه صار بالإدخال من صيد الحرم فلا يحل إخراجه بعد ذلك ، ولو تباع الحلالان وهما في الحرم الصيد وهو في الحل جاز عند أبي حنيفة خلافا لمحمد لأنه ليس بتعرض يتصل به بساحل حكما ، وليس هو بأبلغ من أمره بذبح هذا الصيد ،

دمها فكذلك بالهدى . وقوله (ومن دخل الحرم بصيد) قال في النهاية : وهو حلال حتى يظهر خلاف الشافعي رحمه الله ، فإن في الحرم لا يتوقف وجوب الإرسال على دخول الحرم فإنه يجب عليه الإرسال بمجرد الإحرام بالاتفاق . قال الشافعي رحمه الله الصيد الذي في يده مملوكه ، وحق الشرع لا يظهر في مملوك العبد لحاجته (ولنا أنه لما حصل في الحرم وجب ترك التعرض لحرمة الحرم) وبين الملازمة بقوله (إذ صار) يعني الصيد (من صيد الحرم) بالدخول فيه وصيد الحرم مستحق الأمن (لما رويناه) من قوله عليه الصلاة والسلام في حديث طويل « ولا ينفر صيدها » وقوله (فإن باعه) ظاهر . وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لأن البيع لم يجز لما فيه من التعرض للصيد .

(قال المصنف : خلافا للشافعي فإنه يقول حق الشرع الخ) أقول : ولا ينتقض ما ذكره الشافعي بالحرم ، فإن عليه أن يرسل الصيد عنده كما يجيء بعد سطرين ، لأن ذلك لا يترامه بإحرامه أن لا يتعرض للصيد لالحق الشرع بمجرد فتأمل (قال المصنف : إذ صار هو من صيد الحرم فاستحق الأمن) أقول : إذ لدوام الأمور المستمرة بحكم الابتداء ، كذا قيل وفيه بحث (قوله وقوله لما قلنا إشارة إلى قوله لأن البيع لم يجز الخ) أقول : وهو أيضا إشارة إلى قوله لأنه تعرض للصيد بتفويت الأمن ، فإن قوله وكذلك إشارة إلى رد البيع حال قيامه ووجوب الجزاء حال هلاكه .

(ومن أحرم وفي بيته أو في قفص معه صيد فليس عليه أن يرسله) وقال الشافعي رحمه الله : يجب عليه أن يرسله لأنه متعرض للصيد بإمساكه في ملكه فصار كما إذا كان في يده . ولنا أن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يحرمون وفي بيوتهم صيود ودواجن . ولم ينقل عنهم إرسالها وبذلك جرت العادة الفاشية وهي من إحلى الخبيج . ولأن الواجب ترك التعرض وهو ليس بمعرض من جهته لأنه محفوظ بالبيت والقفص لآبه غير أنه في ملكه . ولو أرسله في مفازة فهو على ملكه فلا معتبر ببقاء الملك . وقيل : إذا كان القفص في يده لزمه إرساله لكن على وجه لا يضيع . قال (فإن أصاب حلال صيدا ثم أحرم فأرسله من يده غيره يضمن عند أي حنيئة) رحمه الله (وقال لا يضمن) لأن المرسل أمر بالمعروف ناه عن المنكر وما على الخسين من سبيل . وله أنه ملك الصيد بالأخذ ملكا محترما فلا يبطل إحرامه بإحرامه وقد أتلفه المرسل فيضمنه . بخلاف ما إذا أخذه في حالة الإحرام لأنه لم يملكه .

بخلاف ما لو رماه من الحرم للاتصال الحسى (قوله ومن أحرم وفي بيته أو في قفص معه) فبد المسئلة به . لأنه لو كان في يده حقيقة وجب الإرسال اتفاقا . ولو هلك وهو في يده وجب الجزاء وإن كان ملكا له للجناية على الإحرام بعدم تركه . فلذا اختلفوا فيما إذا كان القفص في يده هل يجب عليه تركه وإن كان على وجه لا يضيع أولا بناء على كون الصيد في يده بكون القفص فيها ولهذا يصير غاصبا له بغصب القفص أو ليس فيها بل بكون القفص فيها . ولذا جاز للمحدث أخذ المصحف بغلافه (قوله وبذلك جرت العادة الفاشية) من لدن الصحابة إلى الآن . وهم والتابعون ومن بعدهم يحرمون وفي بيوتهم حمام في أبراج وعندهم دواجن والطيور لا يطلقونها (وهي إحلى الخبيج) فدللت على أن استبقاءها في الملك محفوظ بغير اليد ليس هو التعرض الممتنع (قوله ولا معتبر ببقاء الملك) أي لا يعتبر بقاء الملك جنابة على الصيد وإلا لم يكن الواجب عليه الإرسال لأنه لا يفيد إخراجها عن ملكه بل كان الواجب عليه تملكه والعادة الفاشية تنفيه (قوله وله أنه ملك الصيد بالأخذ حلالا ملكا محترما) حتى لو أخذه وهو حلال ثم أحرم فأرسله ثم وجدته بعد الإحلال في يد شخص كان له أن يأخذه منه لأنه ما أرسله عن اختيار . كذا علل الترتاشي . فهذا يدل على أنه لو أرسله من غير إحرام يكون إباحة . أما لو كان صاد في إحرامه ثم أرسله ثم حل فوجدته في يد رجل فليس له أن يأخذه منه لأنه مامله بالأخذ في الإحرام ، والله أعلم

وقوله (ومن أحرم وفي بيته أو في قفص معه صيد فليس عليه أن يرسله) يشير إلى أنه لو كان في يده فعليه أن يرسله بالاتفاق ولهذا قاس الشافعي صورة النزاع عليه بقوله (كما إذا كان في يده) وقوله (ولنا أن الصحابة) ظاهر . وقوله (وبذلك جرت العادة الفاشية) فإن الناس يحرمون ولهم بيوت الحمام ولا يجب عليهم إرسالها . وقوله (ولأن الواجب ترك التعرض) دليل آخر يتضمن الجواب عن دليل الشافعي . ووجهه أن الواجب ترك التعرض وهو حاصل إذا لم يكن بيده (لأنه محفوظ بالبيت والقفص لآبه) والتعرض بالإمساك في الملك ليس بمناف ، لأنه لو أرسله في المفازة فهو على ملكه ، فدل على أنه لا معتبر ببقاء الملك وإلا لزم الجزاء أرسل أو لم يرسل (وقيل إذا كان القفص في يده وجب عليه إرساله) لأنه متعرض له بمسكه (لكن على وجه لا يضيع) بأن يخله في بيته لأن إهضاعة المال منهي عنها . وقوله (فإن أصاب حلال صيدا) ظاهر . وقوله (ملك الصيد بالأخذ ملكا محترما) احتراز عما أخذه المحرم فإنه لا يملك الصيد ، والملك المحترم لا يبطل بالإحرام ، وإنما قلنا إنه ملكه ملكا محترما بدليل أن الحلال إذا أخذ الصيد ثم أحرم فأرسله ثم حل فوجدته في يد غيره كان له الأخذ منه . بخلاف ما إذا أخذ الصيد وهو محرم ثم أرسله ثم حل من إحرامه فوجدته في يد غيره لاسبيل له عليه ، وإذا كان ملكا محترما وقد أتلفه المرسل وجب عليه ضمانه .

فإن قيل : سلمنا أنه ملكه ملكا محترما

(قال المصنف : وقيل إذا كان القفص في يده لزمه إرساله لكن على وجه لا يضيع) أقول : ومنه يعلم أن ما يفعله الناس من اشتراء الطيور من الصيادين ثم إطلاقها منهي عنه لأنها ملكه ، وتضييع الملك منهي .

والواجب عليه ترك التعرض ويمكنه ذلك بأن يخليه في بيته ، فإذا قطع يده عنه كان متعديا . ونظيره الاختلاف في كسر المعازف (وإن أصاب محرم صيدا فأرسله من يده غيره لاضمان عليه بالاتفاق) لأنه لم يملكه بالأخذ ، فإن الصيد لم يبق محلا للملك في حق المحرم لقوله تعالى - وحرّم عليكم صيد البرّ ما دمتم حرما - فصار كما إذا اشترى الحمر (فإن قتله محرم آخر في يده فعلى كل واحد منهما جزاؤه) لأن الأخذ متعرض للصيد الآمن ، والقاتل مقرر لذلك ، والتقرير كالاتداء في حق التضمين كشهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا (ويرجع الأخذ على القاتل) وقال زفر : لا يرجع لأن الأخذ مؤاخذ بصنعه فلا يرجع على غيره . ولنا أن الأخذ إنما يصير سببا للضمان عند اتصال الهلاك به ، فهو بالقتل جعل فعل الأخذ علة فيكون في معنى مباشرة علة العلة فيحال بالضمان عليه

(قوله والواجب عليه ترك التعرض) جواب عن قولهما المرسل أمر بمعروف . فأجاب بأن الواجب الذي يجب الأمر به ترك التعرض وذلك يحصل بتفويت يده الحقيقية لا مطلق يده ، فإن ادعى الثاني منعاه ، أو الأول سلمناه ، وذلك يحصل بإرساله ولو في قفص (قوله ولنا أن الأخذ إنما يصير سببا للضمان إذا اتصل به القتل) والمتوجه قبل قتله خطاب إرساله وتخليته (فهو بالقتل جعل فعل الأخذ علة فيكون في معنى مباشرة علة العلة فيحال بالضمان عليه) وإن لم يفوت بهذا القتل يدا محترمة ولا ملكا فإن المتعلق بهما ضمان يجب للذي اليد والملك ابتداء بدل ملكه ويده . وهنا الواجب عليه ليس إلا الرجوع بما غرمه لكونه السبب فيه فإنه منوط بتفويته يدا معتبرة . كما في غضب المدبر . إذا قتله إنسان في يده غاصبه فأدى الغاصب قيمته ، وهنا قد تحقق ذلك فإنه فوت يدا معتبرة في حق التمكين بهامن إسقاط ماعليه من الإرسال ودفع وجوب الجزاء فهو مورطه في ذلك . وإذا وجب الرجوع بنصف المهر على شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا فالرجوع هنا أولى لأن الشهود قرروا ما كان متوهم السقوط بعد تحقق الوجب بسبب مباشرة الزوج باختياره . والقاتل هنا هو الذي حقق سبب الوجوب على وجه لا يتوهم سقوط الواجب به لما عرف من أن مجرد الأخذ سبب لوجوب الإرسال ، وإنما يكون سببا للجزاء إذا اتصل به القتل ، وإنما قال : فيكون في معنى مباشرة علة العلة لأن الأخذ ليس علة العلة ، فإن العلة القتل والأخذ ليس علة للقتل ولا جزء علة ولا سببا ، بل القتل

ولكن وجب إخراجهم من الملك تركا للتعرض الواجب الترك . أجاب بقوله (والواجب عليه ترك التعرض) لا الإخراج عن ملكه (ويمكنه ذلك بأن يخليه في بيته فإذا قطع عنه يده) بالإرسال (كان متعديا) فيضمن (ونظير هذا الاختلاف الاختلاف في كسر المعازف) فإنه لاضمان فيه عندهما لأنه أمر بالمعروف ناه عن المنكر . وعند أبي حنيفة يجب الضمان لغيره . وقوله (وإن أصاب محرم صيدا) ظاهر . وقوله (فإن قتله محرم آخر في يده فعلى كل واحد منهما جزاؤه) لأن الأخذ متعرض للصيد الآمن) والتعرض له من محظورات الإحرام الموجبة للجزاء (والقاتل مقرر لذلك) لأنه كان بعد الأخذ متمكنا من الإرسال وقد فات ذلك به وتقرر التعرض (والتقرير كالاتداء في حق التضمين كشهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا) فإنهم يضمنون بما قرروا بشهادتهم ما كان على شرف السقوط بتمكين ابن الزوج على ما عرف (ثم يرجع الأخذ على القاتل) بما ضمن من الجزاء (وقال زفر : لا يرجع) لأن الأخذ إنما أخذ بصنعه ، ومن أخذ بصنعه لا يرجع على غيره . فيما لا يقبل الملك لثلاث يستلزم تنزيل الرابع منزلة المالك بواسطة الضمان فيما هو غير قابل للملك في حق المحرم ، كسلم غضب خنزير ذمي فأثلفه في يده آخر فضمن الذي الغاصب لم يرجع على المتلف بشيء . (ولنا أن الأخذ إنما يصير سببا للضمان عند اتصال الهلاك به فهو) أي القاتل (بالقتل جعل فعل الأخذ علة فيكون) قتله (في معنى مباشرة علة العلة فيضاف الضمان إليه) كغاصب الغاصب

(فإن قطع حشيش الحرم أو شجرة ليست بمملوكة وهو مما لا يثبت الناس فعله قيمته إلا فيما جف منه) لأن حرمتها ثبتت بسبب الحرم ، قال عليه الصلاة والسلام

مستقل بسببية إيجاب الجزاء ، ألا ترى أنه يجب عليه الجزاء لو رماه من بعيد قبل أن يأخذه فالأخذ قد يكون شرطاً حسياً للقتل وقد لا يكون ، إلا أن مباشرة الشرط في الإتيان سبب للضمان ، كحفر البئر فإنه شرط للوقوع والعلّة ثقل الواقع ، وبهذا التقرير يسقط سواء كان : كيف يرجع ولم يغترب يد محترمة ولا ملكاً . وأيضاً أن الشيء إذا خرج عن محمية الملك لا يضمن مستهلكه وإن جنى من كان في يده . فإن قيل : ما الفرق بين هذا وبين المسلم إذا غصب خمر الذي فاستهلكه مسلم آخر في يده يضمن الآخذ للذي ولا يرجع على المستهلك . فالجواب أن اتحاد اعتقاد سقوط تقويمها منع من رجوع المسلم على ذلك المسلم المستهلك . هذا وقد أورد في النهاية كيف يرجع وهو قد لزمته كفارة تخرج بالصوم وهو إنما يرجع بضمان يخبسه به فلا يجوز أن يرجع عليه بأكثر مما لزمه . وأجاب بأن مثل هذا التفاوت لا يمنع كالأب إذا غصب مدبر ابنه فغصبه منه آخر فضمن الابن أباه فإنه لا يخبسه . وللأب أن يخبس من قتله في يده . ولا فرق بين ضمان يفتى به وضمان يقضى به . فإن زكاة السائمة تدخل تحت القضاء . بخلاف زكاة سائر الأموال فحق الله تعالى إذا كان له طالب معين يكون له المطالبة . وإذا لم يكن لاتعيين المطالبة . وهذا قد يوهم أن له الرجوع وإن كفر بغير المال ، وقد صرح في المنتقى بأنه إنما يرجع إذا كفر بالمال . ونقل عن أبي عبد الله الجرجاني أنه قال : ولا فرق بين كون القاتل صديقاً أو نصرانياً أو مجوسياً في ثبوت الرجوع عليه . وأصل المسائل كلها أن تفويت الأمن على الصيد يوجب الجزاء . والأمن يكون بثلاثة أشياء : بإحرام الفوائد أو دخوله في أرض الحرم . أو دخول الصيد فيه . وأنه إذا تحقق التفويت لا يبرأ بالشك فلذا قلنا : يجب الجزاء في إرسال الحلال الصيد في أرض الحل بعد ما أخرجه من أرض الحرم . وبإرسال المحرم إياه في جوف البلد ، لأنه لم يصّر بهذا الإرسال ممتنعاً ظاهراً ، ولذا لو أخذه إنسان حلال كره أكله (هـ) قوله فعله قيمته (جعله

إذا أتلّف المغيصوب وضمنه الغاصب . فإن حصل الضمان يستقر عليه . واعترض بأن الرجوع يستلزم تضمين مالميس بمملوك وما ليس بمملوك ليس بمضمون وإلزام أكثر مما لزمه . فإن ما لزمه كفارة يفتى بها ويجزئه الصوم فيه . وبالرجوع يطالبه بضمان محكوم به ويحبس عليه وذلك أكثر مما لزمه فلا يجوز . وأجيب عن الأول بأن الضمان لم يستلزم الملك بل يجوز أن يكون في مقابلة إزالة يد محترمة وهي موجودة فيما نحن فيه لأن الآخذ كان متمكناً بيده من الإرسال وإسقاط الجزاء به عن نفسه وقد قوتها القاتل عليه فيضمنه كغاصب المدبر إذا أتلّف إنسان في يده فأدى الغاصب قيمته فإنه يرجع على القاتل بقيمته كما لو ملكه وإن كان المدبر لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك . وعن الثاني بأن مثل هذا التفاوت لا يمنع الرجوع . كالأب إذا غصب مدبر ابنه فغصبه منه آخر ، ثم الابن ضمن الأب رجع الأب على الغاصب ويحبس وإن كان هو لا يخبس فيما لزمه لابنه . والجواب عما استشهد به زفر أن غاصب الخنزير لم تثبت له يد محترمة لأن خروجه عن محمية التملك لإهانتته ، بخلاف الصيد لأن ذلك فيه لزيادة احترام في حق المحرم بإحرامه كحرمة الآدمي فتثبت له يد محترمة فيه وإن لم يثبت له ملك . قال (فإن قطع حشيش الحرم)

(قال المصنف : فإن قطع حشيش الحرم أو شجره وليس بمملوك ولا هو ما يثبت الناس فعله قيمته ، إلا فيما جف منه لأن حرمتها ثبتت بسبب الحرم ، قال عليه الصلاة والسلام « لا يخلّ خلاها ولا يعضد شوكها ») أقول : قوله صل الله عليه وسلم « لا يخلّ » أي لا يقطع ، يقال خلاه واختله قطعه ، ثم بقي هنا بحث لأن الخل اسم للنبات الرطب والحشيش اسمه إذا يبس . في الصحاح : ولا يقال له رطباً حشيش ، وجوابه أنه مجاز على طريقة - أعصر نخراً - بقرينة وما جف من شجر الحرم لا ضمان فيه .

ولا يختل خلاها ولا يعضد شوكتها « ولا يكون للصوم في هذه القيمة مدخل لأن حرمة تناولها بسبب الحرم لا بسبب الإحرام فكان من ضمن المحال على ما بينا ويتصدق بقيمته على الفقراء ، وإذا أداها ملكه كما في حقوق العباد . ويكره بيعه بعد القطع لأنه ملكه بسبب محذور شرعا ، فلو أطلق له في بيعه لتطرق الناس إلى مثله ، إلا أنه يجوز البيع مع الكراهة ، بخلاف الصيد ، والفرق ما ذكره . والذي ينبته الناس عادة عرفناه غير مستحق للأمن بالإجماع ، ولأن المحرم المنسوب إلى الحرم والنسبة إليه على الكمال عند عدم النسبة إلى غيره بالإنبات .

جواب المسئلة ليفيد أنه لا يدخله الصوم . وحاصل وجوه المسئلة أن النابت في الحرم إما إذخر أو غيره وقد جف أو انكسر أو ليس واحدا منها فلا شيء في الأول . وأما الثاني وهو ما ليس واحدا منها إما أن يكون أنبته الناس أولا ، فالأول لا شيء فيه أيضا سواء كان من جنس ما يستنبت عادة أولا ، والثاني وهو ما لا ينبته الناس بل نبت بنفسه ، إما أن يكون من جنس ما ينبتونه أولا . فلا شيء في الأول ، والثاني هو الذي فيه الجزاء ، فما فيه الجزاء هو ما نبت بنفسه وليس من جنس ما ينبته الناس ولا منكسرا ولا جافا ولا إذخرا . ولا بد في إخراج ما خرج عن حكم الجزاء من دليل ، فأشار المصنف إلى أن الإذخر خرج بالنص وما أنبتوه بقسميه بالإجماع . وأما الجاف والمنكسر ففي معناه ، فاعلم أن الألفاظ التي وردت في هذا الباب الشجر والشوك والخلي . فالخلي والشجر قدمناهما في حديث أبي هريرة . والشوك في الصحيحين أيضا أنه عليه الصلاة والسلام قال يوم الفتح « إن هذا البلد حرمة الله . إلى أن قال : لا يعضد شوكة ولا ينفر صيده ولا يلتقط لقطته إلا من عرفها ولا يختل خلاها » الحديث . فالخلي هو الرطب من الكلال ، وكذا الشجر اسم للقاء الذي بحيث ينمو فإذا جف فهو حطب ، والشوك لا يعارضه لأنه أعم يقال على الرطب والجاف فليحمل على أحد نوعيه دفعا للمعارضة . وأما الذي نبت من غير أن ينبته الناس وهو من جنس ما ينبتونه فلا أدري ما المخرج له . غير أن المصنف علل إخراج أهل الإجماع ما ينبته الناس بأن إنباتهم يقطع كمال النسبة إلى الحرم ، فإن صح أن يقال : إن كونه من جنس ما ينبتونه يمنع كمال النسبة إليه ألحق بما ينبتونه ، وإلا فيحتاج إلى وجه آخر والله أعلم . هذا وكل ما جاز الانتفاع به في الحرم جاز إخراجها ، ومن ذلك أحجار أرض الحرم وحصاها إلا أن يبالغ في ذلك فيحفر كثيرا يضر بالأرض أو الدور فيمنع (قوله والفرق ما ذكره) أي الفرق بين نبات الحرم إذا أدى قيمته حيث يصح بيعه ، ويكره لأنه ملكه بسبب محذور وبين الصيد

اعلم أن حشيش الحرم وشجره على نوعين : شجر أنبته الإنسان ، وشجر نبت بنفسه ، وكل واحد منهما على نوعين لأنه إما أن يكون من جنس ما ينبته الناس أو لا يكون . والأول بنوعيه لا يوجب الجزاء ، والأول من الثاني كذلك ، وإنما يجب الجزاء في الثاني منه وهو ما نبت بنفسه وليس من جنس ما ينبته الناس ، ويستوى فيه أن يكون مملوكا لإنسان بأن ينبت في ملكه أو لم يكن ، حتى قالوا في رجل نبت في ملكه أم غيلان فقطعها لإنسان فعليه قيمتها لمالكها وعليه قيمة أخرى لحق الشرع ، فقله فإن قطع حشيش الحرم إلى أن قال فعليه قيمته إشارة إلى هذا النوع الأخير لأنه أضافه إلى الحرم وقال وهو ما لا ينبته الناس . وقوله (لا يختل خلاها) أي لا يحصد رطب مرعاها ولا يقطع شوكتها . وقوله (لأن حرمة تناولها بسبب الحرم لا بسبب الإحرام) لأن المحرم ليس بممنوع من الاحتشاش والاحتطاب خارج الحرم . وقوله (على ما بينا) إشارة إلى قوله لأنها غرامة وليست بكفارة . وقوله (بخلاف الصيد) يعني أنه لا يجوز بيع صيد اصطاده محرم أو بيع صيد الحرم أصلا (والفرق ما ذكره) يريد قوله لأن بيعه حيا تعرض للصيد الآمن . وقوله (والذي ينبته الناس عادة) متصل بقوله وهو ما لا ينبته

وما لا ينبت عادة إذا أنبت إنسان التحق بما ينبت عادة . ولو نبت بنفسه في ملك رجل فعلى قاطعه قيمتان : قيمة لحرمته الحرم حقا للشرع . وقيمة أخرى ضمانا لمالكه كالصيد المملوك في الحرم . وما جف من شجر الحرم لا ضمان فيه لأنه ليس بنام (ولا يرعى حشيش الحرم ولا يقطع إلا الإذخر) وقال أبو يوسف رحمه الله : لا بأس بالرعى لأن فيه ضرورة . فإن منع الدواب عنه متعذر . ولنا ما رويناه . والقطع بالمشافر كالقطع بالمنجل وحمل الحشيش من الحل ممكن فلا ضرورة . بخلاف الإذخر لأنه استثناه رسول الله صلى الله عليه وسلم فيجوز

حيث لا يصح بيعه وإن أدى ضمانه ما سيذكره من قوله لأن بيعه حيا تعرض للصيد إلى آخر ما يجيء (قوله فعلى قاطعه قيمتان) هذا على قولهما . أما على قول أبي حنيفة فلا يتصور لأنه لا يتحقق عنده تملك أرض الحرم بل هي سواها عنده على ما سيأتى إن شاء الله تعالى (قوله ولنا ما رويناه) يعني قوله عليه الصلاة والسلام « لا يخلت خلاها » أى لا يقطع . خلاه واختلاه قطعه ولا يعضد شوكهها والعرض : قطع الشجر من حد ضرب فقد منع القطع مطلقا أعم من كونه بالمنجل أو المشافر فلا يخل الرعى والضرورة تندفع بحمل الحشيش من الحل . ومشفر كل شيء

الناس . وقوله (وما لا ينبت عادة إذا أنبت إنسان) معطوف على قوله والذي ينبت الناس عادة : يعني ما لا ينبت الناس عادة إذا أنبت إنسان التحق بما ينبت الناس فكان غير مستحق الأمن إلحاقا بحمل الإجماع بجامع انقطاع كمال النسبة إلى الحرم عند النسبة إلى غيره بالإنبات . وقوله (ولو نبت بنفسه) يعني الذي لا ينبت عادة لو نبت بنفسه (في ملك رجل) قد ظهر مما ذكرناه آنفا . وأعرض عليه بوجهين : أحدهما أن النبات يملك بالأخذ فكيف تجب القيمة بعد ذلك . والثاني أن الحرم غير مملوك لأحد فكيف يتصور قوله وقيمة أخرى ضمانا لمالكه . وأجيب عن الأول بأن قوله صلى الله عليه وسلم « الناس شركاء في ثلاث : الماء والكلا . والنار » محمول على خارج الحرم ، وأما حكم الحرم فبخلافه لأنه حرام التعرض بالنص كصيده . وعن الثاني بأنه على قول من يرى تملك أرض الحرم وهو قول أبي يوسف ومحمد ورحمهما الله . وقوله (وما جف من شجر الحرم) بيان الاستثناء في مطلع هذه المسئلة وهو ظاهر . وقوله (لا بأس بالرعى لأن فيه ضرورة) يعني أن الذين يدخلون الحرم للحج أو العمرة يكونون على الدواب ومنعها عنه متعذر فتحقت الضرورة (ولنا ما رويناه) يعني قوله عليه الصلاة والسلام « لا يخلت خلاها » وإنما تعتبر الضرورة فيما لا يكون فيه نص بخلافه . فإن قيل : النص في القطع لا في الرعى . أجب بقوله (والقطع بالمشافر كالقطع بالمنجل) شفرة كل شيء عحرفه . ومشفر البعير شفته . والمنجل جمع منجل وهو ما يحصد به الزرع . وقوله (وحمل الحشيش) يعني سلمنا أن النص في القطع لا في الرعى لكن لانسلم الضرورة لأن حمل الحشيش (من الحل ممكن فلا ضرورة) فإن قيل : ما بال الإذخر لم يحرّم رعيه ولا ضرورة فيه ؟ أجب بقوله (بخلاف الإذخر) لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم استثناه فيجوز رعيه . وروى « أن العباس رضى الله عنه

(قال المصنف : وقيمة أخرى ضمانا لمالكه) أقول : قال ابن الأثير هذا على قولهما . أما على قول أبي حنيفة رحمه الله فلا يتصور لأنه لا يتحقق عنده تملك أرض الحرم بل هي سواها عنده اه . يعني على ظاهر الرواية عنه ، وأما على رواية الحسن فقوله كقولهما وعليه الفتوى كما نصرا عليه (قوله ولنا ما رويناه ، إلى قوله : وإنما تعتبر الضرورة فيما لا يكون فيه نص بخلافه) أقول : فأين قولهم مواضع الضرورة مستثناة من قواعد الشرع فلا يكون القطع بالمشافر في معنى القطع بالمنجل حتى يلحق به . ثم أقول : بقى في قوله ولنا ما رويناه الخ بحث ، إذ الأول أن يقال : ولما لأن المخالف منا (قوله يعني سلمنا أن النص في القطع لا في الرعى لكن لانسلم الضرورة الخ) أقول : سبق هذا المنع هو التقديم . وتقريره على الترتيب الطبيعي أن يقال : لانسلم الضرورة لأن حمل الحشيش من الحل ممكن ، ولو سلم فاعتبارها فيما لانص فيه ، ثم أقول ، أى حاجة إلى إثبات الضرورة إذا لم يتناول النص الرعى .

قطعه ورعيه ، وبخلاف الكأه لأنها ليست من جملة النبات (وكل شئ فعله القارن مما ذكرنا أن فيه على المفرد دما فعليه دمان دم لحجته ودم لعمرته) وقال الشافعي رحمه الله دم واحد بناء على أنه محرم بإحرام واحد عنده ، وعندنا بإحرامين وقد مر من قبل . قال (إلا أن يتجاوز الميقات غير محرم بالعمرة أو الحج فيلزمه دم واحد)

حرفه ، ومن ذلك شفرة السيف حده ، وشفير الخندق والنهر والبئر حرفه ، ومشفر البعير شفته (قوله وبخلاف الكأه) لأنها ليست من جنس النبات لأنه اسم لما يظهر على وجه الأرض ، والكأه تخلق في باطنها لا يظهر منها شئ . وأيضا لا تنمو ولو قدر كونها نباتا كانت من الجاف (قوله وكل شئ فعله القارن مما ذكرنا أن فيه على المفرد دما فعليه دمان : دم لحجته : ودم لعمرته . وقال الشافعي : دم واحد بناء على أنه محرم بإحرام واحد عنده وعندنا بإحرامين) فالجناية عليهما مجتمعتين كالجناية عليهما منفردتين . وأورد فلم لم يتدخل كحرمة الإحرام والحرم فيما إذا قتل المحرم صيد الحرم إذ كان عليه جزاء واحد ؟ . أجيب بأن حرمة الإحرام أقوى من حرمة الحرم لأنها توجب حرمت كثيرة غير الصيد ، بخلاف حرمة الحرم فاستبعت أقوى الحرمين الأخرى لأن الأصل إذا اجتمع موجبان للحكم واحد إضافة الحكم إلى أقوامهما وجعل الآخر تبعاً له كالعدم ، وهذا كالحافر مع الدافع والحاز للرقبة مع الجارح ، وإحرام الحج مساو لإحرام العمرة ، فإن جميع ما يحرم به يحرم بالآخر فلم يمكن الاستتباع فيجعل

لما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يخلت خلاها ولا يعضد شوكتها قال : إلا الإذخر يارسول الله فإنه لقبورهم وبيوتهم ، فقال عليه الصلاة والسلام : إلا الإذخر ، وتأويله أنه عليه الصلاة والسلام كان من قصده أن يستثنى إلا أن العباس سبقه بذلك . أو كان أوحى الله إليه أن يرخص فيما يستثنى العباس . فإن قيل : على هذا التقرير كان قوله لا يخلت خلاها عاما مخصوصا بمقارن فليخص الرعي بالقياس عليه . قلت : الاستثناء ليس بتخصيص ، ولئن سلمناه كان الإذخر مخصوصا بالضرورة ، وقد ذكرنا أن لضرورة في الرعي . وقوله (وبخلاف الكأه) معطوف على قوله بخلاف الإذخر : يعني أنها ليست بدخلة في المحرمات لأنها ليست من جملة نبات الأرض بل هي مودعة فيها . قال (وكل شئ فعله القارن مما ذكرنا أن فيه على المفرد دما فعليه دمان) كل ما على المفرد فيه دم مما تقدم من الجنايات فعلى القارن فيه دمان (دم لحجته ودم لعمرته . وقال الشافعي رحمه الله : دم واحد بناء على أن القارن عنده محرم بإحرام واحد وعندنا بإحرامين وقد مر ذلك من قبل) فإن قيل : إحرام الحج أقوى لكونه فرضا دون العمرة ، وإذا اجتمع أمران في إيجاب حكم واحد وأحدهما أقوى من الآخر فإن الحكم يضاف إليه ويجعل الأضعف كالمعلوم ، كما ذكرتم في المحرم إذا قتل صيد الحرم فإنه لا يجب عليه إلا جزاء واحد لأن حرمة الإحرام أقوى . فالجواب أن ذلك الأصل صحيح ولكن ليس إحرام الحج أقوى من إحرام العمرة فإن إحرام العمرة على انفرادها يحرم على المحرم بها جميع ما يحرم إحرام الحج فكانا متساويين فلا يستتبع أحدهما الآخر . فإن قيل : فعلى هذا يجب أن يختص وجوب الدمين على القارن بما إذا كان قبل الوقوف بعرفة ، فأما بعد الوقوف بها ففي الجماع يجب دمان ، وفي سائر المحظورات دم واحد لما أن إحرام العمرة إنما بقي في حق التحلل لا غير . قلت بعد ذلك : وإن كان شيخ الإسلام ذكر مثل ما ذكرت . ووجه البعد أن إحرام العمرة بعد الفراغ من أفعالها لم يبق إلا في حق التحلل خاصة فكان قبل الوقوف وبعده سواء . وقرنه (إلا أن يتجاوز الميقات استثناء من قوله فعليه دمان .

(قوله وقد ذكرنا أن لضرورة في الرعي) أقول : وكذلك في الإذخر إذ يجوز إثباته من الحل (قال المصنف : إلا أن يتجاوز الميقات بغير إحرام)

خلافًا لزفر رحمه الله لما أن المستحق عليه عند الميقات إحرام واحد وتأخير واجب واحد لا يجب إلا جزء واحد (وإذا اشترك محرمان في قتل صيد فعلى كل واحد منهما جزاء كامل) لأن كل واحد منهما

كل كأن ليس معه غيره ، كما لو جرح اثنان آخر فمات . ويرد عليه ما ذكره المصنف في دفع إيجاب الشافعي البيهقي على من جامع في العمرة بعد ما طاف أربعة أشواط قياسا على وجوبها إذا جامع في الحج بعد الوقوف بعرفة من أنها سنة ومنع اقتراضها فيجب عليه شاة إظهارا للتفاوت فأظهر التفاوت في الأجزئية للتفاوت في المحجني عليه ، فلو أخذ رتبة إحرام الحج والعمرة لم يصح ما ذكره ، وإذا ظهر التفاوت جاز الاستتباع وإن لم يبلغ إلى درجة عدم الإيجاب . ألا ترى أن حرمة الحرم موجهة بانفرادها ما يوجب الإحرام ومع ذلك ظهر التفاوت من وجه آخر ووقع الاستتباع ، وعند هذا نورد ما كنا وعدنا ، وهو أن قتل الصيد محرم واقع جنابة على الإحرام فوجب الجزاء إن كان نفس انتهاك حرمة القتل وجب أن لا يتعدد لأنه لا يتعدد في الحرمة بل التعدد في السبب على ما حققناه في مسألة قتل الحرم صيد الحرم ، وإن كان الجنابة على الإحرام والإحرام متعدد فيتعذر الجزاء وجب التعدد في قتل الحرم صيد الحرم لتعدد الجنابة بتعدد المحجني عليه وهو الإحرام والحرم ، إذ لا شك أن منع قتل الصيد فيه لإثبات الله تعالى له حرمة وجعله حماه والقتل فيه جنابة على حرم الله ، وكون إحدى الحرمتين فوق الأخرى لم يعرف في الشرع سببا لإهدار الحرمة وجعلها تبعا ، بل الأصل أن كل حرمة تستتبع موجبا سواء ساوت غيرها أو لا . ومن المعلوم أن الوجوبات والتحريمات تتفاوت بالآكدية وقوة الثبوت ولم يسقط اعتبار شيء منها خصوصا وهذه الكفاية ظهير من الشارع الاحتياط في إثباتها حيث ثبتت مع النسيان والاضطرار في قتل الصيد فلا يجوز الاحتياط في إسقاطها إلا لمزج لا مرد له كثبوت الحاجة إلى تكرير السبب كثيرا كما قلنا في تكرير آية سجدة التلاوة . وليس ذلك بلزوم إذ لا حاجة متحققة في تكرير القتل مع الإحرام والحرم ليستلزم تعدد الواجب الخرج في دفع بالتداخل لئلا يورث رحمة فيلزم التدخل . والجواب منع الحصر لجواز كون الجزاء لإدخال النقص في العبادة لا لكونه جنابة . والتأثر بالجنابة على الإحرامين مدخل للنقص في عبادتين ، بخلاف قتل الحرم صيد الحرم ، وذكر شيخ الإسلام أن وجوب الدمين على القارن إذا كانت الجنابة قبل الوقوف في الجماع وغيره ، أما بعد الوقوف في الجماع يجب دمان وفي سائر المحظورات دم واحد وتقدم ما فيه (قوله لأن المستحق عليه الخ) هذا وجه المذهب واقتصر عليه ، ولم يذكر وجه قول زفر لضعف كلامه في هذه المسئلة ، وأما الصورة التي يجب بسببها على القارن دمان بسبب المجاوزة فهي فيما إذا جاوز فأحرم بحج ثم دخل مكة فأحرم بعمرة ولم ي . إلى الحل محرما فليس كلاهما للمجاوزة بل الأول لها والثاني لترك ميقات العمرة ، فإنه لما دخل مكة التحق بأهلها وميقاتهم في العمرة الحل (قوله وإذا اشترك محرمان الخ) وجهها ظاهر من الكتاب ، وكذا الفرق بين اشتراك المحرمين في قتل الصيد والحلالين في صيد الحرم

وقوله (خلافًا لزفر) يعني أنه يقول عليه دمان لكل إحرام دم كما في سائر المحظورات . ولنا (أن المستحق عليه عند الميقات إحرام واحد) ألا ترى أنه لو أحرم للعمرة عند الميقات ثم أحرم بالحج بعد ما جاوز الميقات كان جائزا ولا شيء عليه مع أنه قارن أيضا (وتأخير واجب واحد لا يجب إلا جزء واحد . وإذا اشترك محرمان في قتل صيد واحد) فعلى كل واحد منهما جزاء كامل (وقال الشافعي رحمه الله : عليهما جزاء واحد لأن من أصله أن الاعتبار للمحل ، وعن هذا قال الدال الذي لم يتصل فعله بالمحل لا يلزمه شيء ، والمحل ههنا واحد فلا يلزمه إلا جزء واحد ، وقاس بصيد الحرم وحقوق العباد ، ولنا أن كل واحد منهما بالشركة يصير جانبا جنابة تفوق الدلالة

بالشركة يصير جانبا تفوق الدلالة فيتعدد الجزاء بتعدد الجناية (وإذا اشترك حلالان في قتل صيد الحرم فعليهما جزاء واحد) لأن الضمان بدل عن المحل لاجزاء عن الجناية فيتحد باتحاد المحل ، كرجلين قتلا رجلا خطأ تجب عليهما دية واحدة ، وعلى كل واحد منهما كفارة (وإذا باع المحرم الصيد أو ابتاعه فالبيع باطل) لأن بيعه حيا تعرض للصيد الآمن وبيعه بعد ما قتله بيع ميتة

فارجع إليه . ولو اشترك محرمون ومحلون في قتل صيد الحرم وجب جزاء واحد يقسم على عددهم ، ويجب على كل محرم مع ما خصه من ذلك جزاء كامل ، وإن كان معهم من لا يجب عليه كصبي وكافر يجب على الحلال بقدر ما يخصه من القسمة لو قسمت على الكل . واعلم أن قتل الحلالين صيد الحرم إن كان بضربة فلا شك في لزوم كل نصف الجزاء ، أما إذا كان كل منهما ضربة ضربة فإنه يجب على كل منهما ما نقصته ضربته ، ثم يجب على كل نصف قيمته مضروبا بضربتين لأن عند اتحاد فعلهما جميع الصيد صار متلفا بفعلهما فضمن كل منهما نصف الجزاء ، وعند الاختلاف الجزاء الذي تلف بضربة كل هو المختص بإتلافه فعليه جزاؤه والباقي متلف بفعلهما فعليهما ضمانه ، كذا في المبسوط (قوله فالبيع باطل) لاشك في حقيقة البطلان إن باعه بعد الذبح لأنه ميتة ، وأما إذا كان حيا فلا شك فيه إذا كان هو المشتري لأنه محرم العين في حقه لقوله تعالى - وحرّم عليكم صيد البرّ ما دمتم حرما - أضاف التحريم إلى العين فيكون ساقط التقوّم في حقه كالحر ، وهذا هو النهي الذي أراد المصنف بقوله لأنه منهي التعرض وإطلاق اسم النهي على التحريم إطلاق اسم السبب على المسبب ، وأنت علمت أن إضافة التحريم إلى العين تفيد منع سائر الانتفاعات والكل مندرج في مطلق التعرض . وحاصله إخراج العين عن المحلية لسائر التصرفات فيكون تعليق تصرف ما بها عبثا فيكون قبيحا لعينه فيبطل ، وما ذكر من أنه إذا هلك بعد البيع في يد المشتري فعليهما جزاءان لأنهما جنيا عليه صحيح إذا كان المتبايعان محرمين ، فإن كان البائع حلالا خص المشتري وقوله ويضمن (١) أيضا المشتري للبائع لفساد البيع ، قال : وعلى هذا إذا وهب محرم صيدا من محرم فهلك عنده يجب عليه جزاءان ضمانه لصاحبه لفساد الهبة وجزاء آخر حقا لله تعالى محله ما إذا كان البائع والواهب حلالين . أما البيع فظاهر كذبي باع خرا من مسلم فهلك عنده يضمنها له ، فإن قامت بيّنة على أنه أخذ هذا الصيد محرما فباعه يجب أن لا يضمن له لأنه لم يملكه بهذا الأخذ فلا يجب الضمان ، بخلاف ما إذا أخذه حلالا ثم

أما أنه يصير جانبا فلأن الفعل الذي لا يقبل التجزئة إذا صدر من فاعلين يضاف إلى كل واحد منهما كلاً كما في القصاص وكفارة القتل ، وأما أنه جناية تفوق الدلالة فلا اتصاله بالمحل دونها ، وإذا كان كل واحد منهما جانبا تلك الجناية كانت الجناية متعددة وتعدّها يوجب تعدّد الجزاء لا محالة . وقوله (وإذا اشترك حلالان في قتل صيد الحرم) وهو عكس المسئلة المتقدمة ظاهر مما تقدم غير مرة (وإذا باع المحرم الصيد أو ابتاعه فالبيع باطل) قال المصنف (لأن بيعه حيا تعرض نصيد الآمن) والتعرض للصيد الآمن بالبيع باطل لخروجه عن محلية البيع بتحريم الشرع كخروجه عن محلية الذبح لذلك والبيع المضاف إلى غير محله باطل (وبيعه بعد ما قتله بيع ميتة)

أقول : استثناء منقطع ، لأن ذلك ليس بما ذكره بل يذكرو (قال المصنف : وإذا اشترك حلالان في قتل صيد الحرم فعليهما جزاء واحد) أقول : فإن قيل : ما الفرق بين هذه المسئلة وما إذا أخرج جماعة من المحرمين صيدا واحدا من الحرم فإنه يجب على كل واحد منهم جزاء كامل

(١) (قول صاحب الفتح وقوله ويضمن) لم يتضح من كلامه مرجع التفسير ، وكذا في قوله قال ، ولعل في العبارة سقطا فليحرر اه من خط العلامة البحرأوى حفظه الله كتيبه مصححه .

(ومن أخرج ظنية من الحزم فولدت أولادا فانت هي وأولادها فعليه جزاؤهن) لأن الصيد بعد الإخراج من الحرم بقى مستحقا للأمن شرعا ولهذا وجب ردّه إلى مأمته ، وهذه صفة شرعية فتسرى إلى الولد (فإن أدى جزاءها ثم ولدت ليس عليه جزاء الولد) لأن بعد أداء الجزاء لم تبق آمنة لأن وصول الخلف كوصول الأصل ، والله أعلم .

أحرم فباعه . وأما الهبة فبعد أن يكون الواهب مالكا بالطريق الذى ذكرنا فيه نظر . ولو تبايعا صيدا فى الحل ثم أحرم أو أحدهما ثم وجد المشتري به عيبا رجع بالنقصان وليس له الرد ، وقد قلنا أنه إذا أصاب المحرم صيدا كثيرة على قصد التحلل والرفض للإحرام فعليه جزاء واحد لتناوله انقطاع الإحرام وإن أخطأ . وإن لم يكن على وجه التحلل ورفض الإحرام فعليه لكل جزاء وعلى هذا سائر محظورات الإحرام (قوله ومن أخرج ظنية من الحرم) وهو حلال أو محرم (قوله وهذه) أى كونها مستحقة الأمن بالرد إلى المأمن (صفة شرعية) فالتأنيث هو باعتبار الخبر مثل قولك زيد هبة إليك ، ولا يصح على اعتبار اكتساب الكون التأنيث من المضاف إليه لأنه هنا مما لا يصح حذفه وإقامة المضاف إليه مقامه لفساد المعنى لأنه ضمير الظبية . ولا يصح الظبية صفة شرعية . بخلاف نحو شرقت صدر القناة من الدم . والحاصل أن صفة استحقاق الأمن صفة شرعية كالرق والحرية فتسرى إلى الولد عند حدوثه كسائر الصفات الشرعية فيصير خطاب رد الولد مستمرا . وإذا تعلق خطاب الرد كان الإمساك تعرضا له ممنوعا . فإذا اتصل الموت به ثبت الضمان ، بخلاف ولد المغصوب لأن سبب الضمان الغصب وهو إزالة اليد ولم توجد فى حق الولد ، حتى لو منع الولد بعد طلب المالك حتى مات ضمنه أيضا . قالوا : وهذا إذا لم يؤد ضمان الأم قبل الولادة . فإن كان فعل لا يضمن الولد لأن الولد حينئذ لا يسرى إليه استحقاق الأمن بالرد إلى المأمن لانتهاء هذه الصفة عن الأم قبل وجوده . حتى لو ذبح الأم والأولاد حل لأنه صيد الحل . ولكنه يكره ذكره فى الغاية ، وكل زيادة فى هذا الصيد كالسمن والشعر فضمانه عند موته على التفصيل المذكور . والذى يقتضيه النظر أن التكفير : أعنى أداء الجزاء إن كان حال القدرة على إعادة أمنها بالرد إلى المأمن لا يقع بذلك كفارة ولا يحل بعده التعرض لها . بل حرمة التعرض لها قائمة وإن كان حال العجز عنه بأن هربت فى الحل عند ما أخرجهما إليه خرج به عن عهدها فلا يضمن ما يحدث بعد التكفير من أولادها إذا متن . وله أن يصطادها . وهذا لأن المتوجه قبل العجز عن تأمينها إنما هو خطاب الرد إلى المأمن ولا يزال متوجها ما كان قادرا لأن سقوط الأمن إنما هو بفعل المأمور به ما لم يعجز ولم يوجد : فإذا عجز توجه خطاب الجزاء . وقد صرح هو بأن الأخذ

وبيع الميتة باطل لعدم الحل . وقوله (ومن أخرج ظنية من الحرم) حلالا كان أو محرما (فولدت أولادا فانت هي وأولادها فعليه جزاؤهن لأن الصيد بعد الإخراج من الحرم بقى مستحقا للأمن شرعا) يعنى أن الصيد بعد الإخراج من الحرم متصف بصفة شرعية وهى بقاء استحقاقه للأمن شرعا ، وكل ما اتصف بصفة شرعية صفته تلك تسرى إلى الأولاد . أما اتصافه ببقاء الاستحقاق للأمن شرعا فلأن الرد إلى مأمته واجب . وأما أن كل ما اتصف بتلك الصفة صفته تلك تسرى إلى الأولاد فكما فى الحرية والرق والكتابة وغيرها ، ونوقض بولد المغصوبة فإنها

قلنا : إن ذلك جناية على الإحرام كما مر (قال المصنف : ومن أخرج ظنية من الحرم) أقول : وفى كتاب الغصب تفصيل متعلق بهذه المسئلة . (قوله وكل ما اتصف بصفة شرعية صفته تلك تسرى إلى الأولاد) أقول : قوله صفته تلك مبتدأ ، وقوله تسرى إلى الأولاد خبره ، والضمير فى قوله صفته راجع إلى « ما » فى قوله وكل ما (قوله ونوقض بولد المغصوبة فإنها الخ) أقول : الضمير فى قوله فإنها راجع إلى المغصوبة

(باب مجاوزة الوقت بغير إحرام)

ليس سببا للضمان بل القتل بالنص ، فالتكفير قبله واقع قبل السبب فلا يقع إلا نفلا ، فإذا ماتت بعد هذا الجزاء لزمه الجزاء لأنه الآن تعلق به خطاب الجزاء ، هذا الذي أدين به ، وأقول : يكره اصطياها إذا أدى الجزاء بعد الهرب ثم ظفر بها لشبهة كون دوام العجز شرط لإجزاء الكفارة إلا إذا اصطادها ليردها إلى الحرم .

(فروع) غصب حلال صيد حلال ثم أحرم الغاصب والصيد في يده لزمه إرساله وضمان قيمته للمغصوب منه ، فلو لم يفعل بل دفعه للمغصوب منه حتى برأ من الضمان له كان عليه الجزاء وقد أساء . وهذا لغز يقال غاصب يجب عليه عدم الرد بل إذا فعل يجب به الضمان ، فلو أحرم المغصوب منه ثم دفعه إليه فعلى كل واحد منهما الجزاء إلا إن عطب قبل وصوله إلى يده . ولو كان المغصوب منه اصطاده وهو حلال وأدخله الحرم يضمن الغاصب له على قول أبي حنيفة خلافا لهما ، ويلزم الجزاء برى الحلال من الحرم صيدا في الحل كما يلزم في غكسه لقوله تعالى - لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم - يقال أحرم إذا دخل في أرض الحرم كأشأم إذا دخل في أرض الشام ، كما يقال أحرم إذا دخل في حرمة الشيء فبعمومه يفيد ، وكذا إرسال الكلب . وقدمنا في أول فصل الجزاء أن الحلال إذا رمى صيدا في الحل فأصابه في الحرم بأن هرب إلى الحرم فأصابه السهم فيه أن عليه الجزاء ، والذي صرح به في المبسوط أنه لا يلزمه جزاء ولكن لا يحل تناوله لأنه في الرمي غير مرتكب للنهي . قال : وهذه المسئلة هي المستثناة من أصل أبي حنيفة ، فإن عنده المعتبر حالة الرمي إلا في هذه المسئلة خاصة فإنه اعتبر في التناول حالة الإصابة احتياطا لأن الحل بالدكاة يحصل ، وإنما يكون ذلك عند الإصابة ، فإذا كان عندها الصيد صيد الحرم لم يحل ، وعلى هذا إرسال الكلب ، والله أعلم .

(باب مجاوزة الوقت بغير إحرام)

فصله عن الجنائيات وأخره ، لأن المتبادر من اسم الجنائيات في كتاب الحج ما يقع جنائية على الإحرام وهي واجبة الرد إلى مالكها ، وهذه صفة شرعية ولم تسر إلى ولدها ، فإن زوائد المغصوب غير مضمونة ، والجواب أن الصفة الشرعية تسرى إلى الأولاد إذا لم يكن مانع ، وصفة المغصوبة تمنع عن ذلك لأنها ليست بصفة شرعية ، ولأن تصورهما لا يتحقق في الأولاد لأن الغصب إزالة اليد المحقة ، وهي في الأولاد لا تتحقق لعدم ثبوت يد عليها تزال بالغصب ، والله أعلم

(باب مجاوزة الوقت بغير إحرام)

قال صاحب النهاية رحمه الله : لما ذكر باب الجنائيات وأنواعها أعقبه ذكر باب مجاوزة الوقت بغير إحرام لأن هذا من الجنائيات أيضا ، إلا أن هذا قبل الإحرام ، وما ذكره من باب الجنائيات وما يتبعه بعد الإحرام ، ومطلق

(قوله وهذه صفة شرعية ولم تسر إلى ولدها) أقول : لانسلم ذلك فإن ولدها واجب الرد أيضا ، ولهذا لومنع بعد طلب المالك ضمن ، وكذا إذا تعدى فيه ، والتفصيل في كتاب الغصب (قوله فإن زوائد الغصب غير مضمونة) أقول : لا يدل على عدم السراية (قوله لأنها ليست بصفة شرعية) أقول : أنت خير بأنه إنما يمنع سريان المغصوبة لاسريان وجوب الرد ، ولا يمكن أن يقال : خلاصة الجواب منع وجوب كل صفة شرعية مستندا لجواز أن يمنع منه مانع فيقول ما ذكرتم إلى الكلام على السند لما لا يخفى على المتأمل (قوله ولأن تصورهما لا يتحقق الخ) أقول : عدم تصور المغصوبة لا يستلزم عدم تصور وجوب الرد إلى المالك وفيه الكلام ، ثم اعلم أن قوله ولأن تصورهما معطوف على قوله لأنها ليست بصفة شرعية .

(باب مجاوزة الوقت بغير إحرام)

أقول : استعمال الوقت بمعنى مكان الإحرام مجاز .

(وإذا أتى الكوفي بستان بنى عامر فأحرم بعمره . فإن رجع إلى ذات عرق ولبي بطل عنه دم الوقت ، وإن رجع إليه ولم يلب حتى دخل مكة وطاف لعمرته فعليه دم) وهذا عند أبي حنيفة : وقالا : إن رجع إليه محرما فليس عليه شيء لبي أو لم يلب . وقال زفر : لا يسقط لبي أو لم يلب لأن جنائته لم ترتفع بالعود وصار كما إذا أفاض من عرفات ثم عاد إليه بعد الغروب . ولنا أنه تدارك المترك في أوانه وذلك قبل الشروع في الأفعال فيسقط الدم . بخلاف الإفاضة لأنه لم يتدارك المترك على مامر . غير أن التدارك عندهما بعوده محرما لأنه أظهر حتى الميقات كما

ما تكون مسبقة به ، وهذه الجنابة قبله ولا تبادر أيضا . ثم تحقيق ما تقع عليه هذه الجنابة أمران : البيت . والإحرام لا الميقات . فإنه لم يجب الإحرام منه إلا لتعظيم غيره . فالحاصل أنه أوجب تعظيم البيت بالإحرام من المكان الذي عينه ، فإذا لم يحرم منه كان مخلا بتعظيمه على الوجه الذي أوجبه فيكون جنابة على البيت وتقصا في الإحرام . لأنه لما وجب عليه أن ينشئه من المكان الأقصى فلم يفعل فقد أوجده ناقصا (قوله فإن رجع إلى ذات عرق) ليس بقيد بل بناء على الظاهر من أنه إذا تدارك بالرجوع فإنما يرجع إلى ميقاته الذي جاوزه . وإلا فظاهر الرواية أنه لا فرق بين أن يرجع إلى ميقاته أو إلى ميقات آخر من مواقيت الآفاقيين . وعن أبي يوسف : إن كان الذي رجع إليه محاذيا لميقاته أو أبعد منه فكميقاته . وإلا لم يسقط الدم بالرجوع إليه . والصحيح ظاهر الرواية لما قدمناه أن كلا من المواقيت ميقات لأهله ولغير أهله بالنص مطلقا بلا اعتبار انخاذاة . والحاصل أن الآفاقي إذا وصل إلى ميقات من مواقيت الآفاقيين فيما أن يكون بعد ميقات آخر في طريقه أو لا . فإن كان جاز له مجاوزته إلى الميقات الأخير . وإن لم يكن وجب عليه الإحرام منه كالميقات الأخير . فإن لم يحرم حتى جاوزه . فإن عاد قبل استلام الحجر إلى الميقات فلي بطنه سقط عنه دم المجاوزة اتفاقا . وإن لم يلب لا يسقط عند أبي حنيفة . وعندهما يسقط وإن لم يلب ، وعند زفر لا يسقط وإن لبي فيه (قوله بخلاف الإفاضة فإنه لم يتدارك المترك) لأن الواجب عليه

ذكر جنابة المحرم يتناول ما بعد الإحرام فكان كاملا في استحقاق اسم الجنابة فلذلك قدمه على هذا الباب . فإن قيل : كان الواجب أن لا يجب على من جاوز الميقات بغير إحرام شيء لأن انحرمت الأشياء الموجبة للكفارة هو الإحرام والإحرام غير موجود في ذلك الوقت . فالجواب أن من جاوز الميقات بغير إحرام ارتكب المنهي عنه وتمكن به في حجه نقصان . ونقصانه يجبر بالدم إلا إذا تدارك ذلك في أوانه بالرجوع إلى الميقات ملبيا قبل أن يطوف (وإذا أتى الكوفي بستان بنى عامر فأحرم بعمره . فإن رجع إلى ذات عرق ولبي بطل عنه دم الوقت) وتخصيصه بذات عرق بناء على ظاهر حال الكوفي وإلا فالرجوع إليه وإلى غيره من المواقيت سواء في ظاهر الرواية . وعن أبي يوسف أنه قال : ينظر إن عاد إلى ميقات . وذلك الميقات يخاض الميقات الأول أو أبعد إلى الحرم سقط عنه الدم وإلا فلا (وإن رجع إليه لكن لم يلب حتى دخل مكة وطاف لعمرته فعليه دم عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالا : إن رجع محرما فلا شيء عليه لبي أو لم يلب . وقال زفر رحمه الله : لا يسقط لبي أو لم يلب لأن جنائته لم ترتفع بالعود) لأن حق الميقات إنشاء الإحرام . والراجع إليه ليس بمنشئ (وصار كما إذا أفاض من عرفات ثم عاد إليه بعد الغروب . ولنا أنه تدارك المترك في وقته وذلك قبل الشروع في الأفعال) وتدارك المترك في أوانه يسقط الكفارة (بخلاف الإفاضة لأنه لم يتدارك المترك) لأن المترك هناك استدامة الوقوف إلى غروب الشمس ، وبالعود لم يحصل ذلك على ما مر . وبهذا الكلام تم الحجة على زفر وبقي الكلام بينهم في أن التدارك هل يحصل بمجرد العود أو مع التلبية (عندهما بعوده محرما لأنه أظهر حتى الميقات) وهو المرور به محرما فإنه إذا أحرم (قوله بناء على ظاهر حال الكوفي) أقول : من أنه إذا تدارك بالرجوع فإنه يرجع إلى ميقاته الذي جاوزه .

إذا مر به محرمًا ساكتًا . وعنده رحمه الله بعوده محرمًا ملبيًا لأن العزيمة في الإحرام من دويرة أهله ، فإذا ترخص بالتأخير إلى الميقات وجب عليه قضاء حقه بإنشاء التلبية فكان التلافي بعوده ملبيًا ، وعلى هذا الخلاف إذا أحرم بحجة بعد المجاوزة مكان العمرة في جميع ما ذكرنا ، ولو عاد بعد ما ابتداء بالطواف واستلم الحجر لا يسقط عنه الدم بالاتفاق ، ولو عاد إليه قبل الإحرام يسقط بالاتفاق (وهذا) الذي ذكرنا (إذا كان يريد الحج أو العمرة ،

إذا وقف نهارًا إما الكون بها وقت الغروب أو مدّة إلى الغروب على حسب اختلافهم على ما قدمناه . وبالعود بعد الغروب لم يتدارك واحدًا منهما ، أما ما نحن فيه فالواجب التعظيم بالكون محرمًا في الميقات ليقطع المسافة التي بينه وبين مكة متصفا بصفة الإحرام ، وهذا حاصل بالرجوع محرمًا إليه . وعلى هذا الوجه لا تجب التلبية فيه ، إلا أن أبا حنيفة ألزم لسقوط الدم التلبية تحصيلًا للصورة بالقدر الممكن ، وفي صورة إنشاء الإحرام لا بد من التلبية أو ما يقوم مقامها ، وكذا إذا أراد أن يجبره ، بخلاف ما إذا رجع محرمًا حتى جاوز الميقات فلي رجع ومر به ولم يلبّ يجوز لأنه فوق الواجب عليه في تعظيم البيت (قوله ولو عاد بعد ما ابتداء بالطواف) ولو شوطا (لا يسقط بالاتفاق) لأن السقوط بالرجوع باعتبار مبتدئ الإحرام عند الميقات ، وهذا الاعتبار بعد الشروع في الأفعال يستلزم اعتبار بطلان ما وجد منه من الطواف ، ولا سبيل إليه بعد وقوعه معتدًا به فكان اعتبارًا ملزومًا للفاسد وملزوم الفاسد فاسد ، وكذا إذا لم يعد حتى شرع في الوقوف بعرفة من غير أن يطوف لما ذكرناه بعينه (قوله وهذا إذا أراد الحج أو العمرة) يومهم ظاهره أن ما ذكرنا من أنه إذا جاوز غير محرم وجب الدم إلا أن يتلافاه محله ما إذا كان الكوفي قاصدًا للنسك ، فإن لم يقصده بل قصد التجارة أو السياحة لاشئ عليه بعد الإحرام وليس كذلك ،

من دويرة أهله ومر به ساكتًا صبح (وعنده بعوده محرمًا ملبيًا لأن العزيمة أن يحرم من دويرة أهله) فإذا أحرم منها صارت موضع إحرامه فتشترط التلبية هناك ، فإذا لم يلبّ ثم سكت عند المرور بالميقات لاشئ عليه ، وليس الكلام فيه وإنما الكلام فيما إذا ترخص بالتأخير إلى الميقات فإنه يجب قضاء حقه بإنشاء التلبية والإحرام ، فإذا ترك ذلك بالمجاوزة حتى أحرم وراء الميقات ثم عاد ، فإن لم يلبّ فقد أتى بجميع ما هو المستحق عليه فيسقط عنه الدم ، وإن لم يلبّ فلم يأت بجميع ما استحق عليه ، والخلاف في إحرام الحج بعد المجاوزة كالخلاف في إحرام العمرة في جميع ما ذكرنا ، وقوله (ولو عاد بعد ما ابتداء الطواف) متصل بقوله وإن رجع إليه ولم يلبّ حتى دخل مكة وطاف لعمرته . وحاصله أن مسألة العود على ثلاثة أوجه : في وجهه لا يسقط بالعود بالاتفاق . وفي وجهه يسقط به بالاتفاق ، وفي وجهه على الاختلاف الذي ذكرناه . وبيانه أن من دخل مكة يريد الحج أو العمرة لا يجوز له أن يتجاوز الميقات بغير إحرام ، فإن جاوز فإما أن يعود إليه أولاً ، فإن لم يعد وجب عليه الدم ، وإن عاد ، فإما أن يعود قبل الإحرام أو بعده ، فإن عاد قبله سقط الدم بالاتفاق لأنه أنشأ التلبية الواجبة عند ابتداء الإحرام ، وإن عاد بعده فإما أن يعود بعد ما ابتداء الطواف واستلم الحجر أو قبله ، فإن عاد بعده لا يسقط الدم بالاتفاق لأنه لما طاف واستلم الحجر وقع شوطًا معتدًا به ، وذلك ينافي إسقاط الدم عنه لأن الإسقاط إنما هو باعتبار أنه مبتدئ من الميقات تقديرًا وبعد ما وقع منه شوط معتد به لا يتصور كونه مبتدئًا ، وظهر لك مما ذكرنا أن قوله واستلم الحجر لبيان أن المعتبر في ذلك الشوط وإن عاد قبله فعلى الاختلاف المذكور .

(قوله وظهر لك ما ذكرنا أن قوله واستلم الحجر لبيان أن المعتبر في ذلك الشوط) أقول : فيه بحث ، إذ الاستلام يكون أيضًا قبل الابتداء بالطواف فلا دلالة للواو على الترتيب . نعم لو كانت العبارة فاستلم لكان لما ذكره وجه .

فإن دخل البستان لحاجة فله أن يدخل مكة بغير إحرام ووقته البستان وهو وصاحب المنزل سواء (لأن البستان غير واجب التعظيم فلا يلزمه الإحرام بقصده . وإذا دخله التحق بأهله . وللبستاني أن يدخل مكة بغير إحرام للحاجة فكذلك له. والمراد بقوله وقته البستان جميع الحل الذي بينه وبين الحرم وقد مر من قبل ، فكذا وقت الداخل الملحق به (فإن أحرم من الحل ووقفا بعرفة لم يكن عليهما شيء) يريد به البستاني والداخل فيه لأنهما أحرم من ميقاتهما (ومن دخل مكة بغير إحرام ثم خرج من عامه ذلك إلى الوقت وأحرم بحجة عليه أجزأه) ذلك (من دخوله مكة بغير

بل يجب أن يحمل على أنه إنما ذكره بناء على أن الغالب في قاصدى مكة من الآفاقيين قصد النسك . فالمراد بقوله إذا أراد الحج أو العمرة : إذا أراد مكة . وذلك أنه إنما يريد بيان أن ماد كره من لزوم الإحرام من الميقات إنما هو على من قصد مكة ، أما من قصد مكانا آخر من الحل داخل الميقات فلا يجب عليه الإحرام منه لتعظيم مكة لأن الإحرام منه لتعظيم مكة لا لتعظيم ذلك المكان ولا نفس الميقات . ولذا قابل قوله وهذا إذا أراد الحج بقوله فإن دخل البستان لحاجة الخ ، ثم موجب هذا الحمل أن جميع الكتب ناطقة بلزوم الإحرام على من قصد مكة سواء قصد النسك أولا . ويطول تفصيل المنقولات في ذلك . وقد صرح به المصنف في فصل المواقيت حيث قال ثم الآفاقي إذا انتهى إليها على قصد دخول مكة فعليه أن يحرّم سواء قصد الحج أو العمرة أو لم يقصد عندنا لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا يجاوز أحد الميقات لا محرّما » ولأن وجوب الإحرام لتعظيم هذه البقعة الشريفة فيستوى فيه التاجر والمعتمر وغيرهما ، ولا أصرح من هذا شيء بل ينبغي أن يعلم قصد الحرم في كونه موجبا للإحرام كقصد مكة (قوله فإن دخل البستان الخ) اعلم أن عند أبي يوسف أنه إنما يجوز له المجاوزة بغير إحرام إذا كان على قصد أن يقيم بالبستان خمسة عشر يوما ، وإلا لم يجوز بغير إحرام لأنه يبقى على حكم السفر الأول ولذا يقصر الصلاة ، والأول أوجه للمتأمل (قوله ومن دخل مكة بغير إحرام ثم خرج من عامه) حاصِل الأحكام الكائنة هنا أربعة : أحدها أنه لا يجوز للآفاقي دخول مكة بغير إحرام . ثانيها أن من دخلها بلا إحرام يجب عليه إما حجة أو عمرة . قال في البدائع ، فإن أقام بمكة حتى تحولت السنة ثم أحرم يريد قضاء ماوجب عليه بدخول مكة بغير إحرام أجزأه في ذلك ميقات أهل مكة في الحج بالحرم وفي العمرة بالحل ، لأنه لما أقام بمكة صار في حكم أهلها فيجزبه إحرامه من ميقاتهم اهـ . وتعليقه يقتضى أن لا حاجة إلى تقييده بتحويل السنة . ثالثها أنه إذا خرج من عامه ذلك إلى الميقات وحج حجة الإسلام سقط ما وجب عليه بدخول مكة بلا إحرام . رابعها أنه إذا خرج بعد مضى تلك السنة لا يسقط ، وقول المصنف بحجة عليه أعم من كونها مندورة أو حجة الإسلام ، وكذا إذا أحرم بعمرة مندورة وقوله أجزأه من دخول مكة بغير إحرام : يعنى من آخر دخول دخله بغير إحرام : فإنه لو دخلها مرارا بغير إحرام وجب عليه لكل مرة حجة أو عمرة ، فإذا خرج فأحرم بنفسك أجزأه عن دخوله الأخير لاعما قبله ، ذكره في شرح الطحاوى قال : لأن الواجب قبل الأخير صار ديناً في ذمته فلا يسقط إلا بالتعيين بالنية . وفي المبسوط : إذا دخل مكة بلا إحرام فوجب عليه حجة أو عمرة فأهل به بعد سنة من وقت غير وقته هو أقرب منه ، قال :

وقوله (فإن دخل البستان) ظاهر . وقوله (التحق بأهله) يعنى سواء بنوى مدة الإقامة أو لم ينو في ظاهر الرواية ، وعن أبي يوسف أنه شرط نية الإقامة خمسة عشر يوما . وقوله (وقد مر من قبل) أراد به ما ذكره في فصل المواقيت بقوله ومن كان داخل الميقات فوقته الحل معناه جميع الحل الذى بين المواقيت وبين الحرم . وقوله (ومن دخل مكة بغير إحرام) معناه من دخل مكة بغير إحرام فلزمه حجة أو عمرة (ثم خرج من عامه ذلك) وحج حجة الإسلام أو حجة أو عمرة فإنها تنوب عما وجب عليه بدخوله

(إحرام) وقال زفر رحمه الله : لا يجزئه ، وهو القياس اعتبارا بما لزمه بسبب النذر ، وصار كما إذا تحولت السنة ، ولنا أنه تلافى المتروك في وقته لأن الواجب عليه تعظيم هذه البقعة بالإحرام ، كما إذا أتاه محرما بحجة الإسلام في الابتداء ، بخلاف ما إذا تحولت السنة لأنه صار ديننا في ذمته فلا يتأدى إلا بإحرام مقصود كما في الاعتكاف المنذور فإنه يتأدى بصوم رمضان من هذه السنة دون العام الثاني (ومن جاوز الوقت فأحرم بعمره وأفسدها مضى فيها

يجزئه ذلك ولا شيء عليه ، لأنه في السنة الأولى لو أهل منه أجزأه عما يلزمه من دخولها (قوله اعتبارا بما لزمه بالنذر) أى اعتبارا لما لزمه بالدخول بغير إحرام بما لزمه بالنذر ، وفي المنذور لا يخرج عن عهده إلا أن ينويه عنه ، فكذا ما بالدخول (ولنا) وهو وجه الاستحسان (أنه تلافى المتروك في وقته الخ) معنى هذا الكلام أن الواجب عليه أن يكون محرما عند قصد دخول مكة من الميقات تعظيما للبقعة لا لذات دخول مكة من حيث هو دخولها ، فإذا لم يفعل ودخل هو بلا إحرام وجب عليه قضاء حقها الذي لم يفعله ، وذلك بأن يدخلها على ذلك الوجه الذى فوته ، فإذا خرج إلى الميقات فأحرم بحجة عليه وقدم مكة فقد فعل ما تركه ، وذلك لأن وجوب أجد النسكين فيما إذا دخلها بلا إحرام ليس إلا لوجوب الإحرام ، إلا أنه لما كان الإحرام لا يتحقق إلا بأحدهما قلنا وجب عليه أحدهما ، فإذا خرج إلى الميقات فأحرم بما عليه فقد فعل ما كان واجبا عليه بالدخول وهو الإحرام في ضمن ما وجب عليه بسبب آخر . وصار كما إذا أتاه محرما ابتداء بما عليه من حجة الإسلام من الميقات لم يلزمه شيء آخر لحصول المقصود في ضمن ما عليه ، بخلاف ما إذا تحولت السنة ، فإنه لما لم يقض حقها في تلك صار بتقويته ديننا عليه فصار تقويتا مقصودا محتاجا إلى النية ، كما إذا نذر أن يعتكف هذا رمضان فاعتكف فيه جاز ، وإن لم يعتكفه لا يجوز أن يعتكفه في رمضان الآتى لأنه لما فات المنذور المعين تقرر اعتكافه في السنة دينا فلا يتأدى

مكة بغير إحرام. وقال زفر : لا يجزئه وهو القياس اعتبارا بما لزمه بسبب النذر (فإنه إذا كان عليه حجة وجبت بالنذر وحج حجة الإسلام فإنه لا يسقط بها المنذرة كذلك ههنا ، والجامع أن كل واحدة منهما واجبة بسبب غير سبب الأخرى ، فإن ما وجب عليه بالدخول بمنزلة ما يجب عليه بالنذر في أن الشروع ملزم كالنذر ، فكما لا تتأدى المنذرة بحجة الإسلام فكذا المشروع فيها (وصار) ذلك (كما إذا تحولت السنة) ثم حج حجة الإسلام فإنه لا يقوم مقام ما لزمه بدخوله مكة بلا خلاف (ولنا) وهو وجه الاستحسان (أنه تلافى المتروك في وقته) وهو السنة التى دخل فيها مكة (لأن الواجب عليه تعظيم هذه البقعة بالإحرام) لا غير على أى وجه كان وقد حصل ذلك (كما إذا أتاه محرما بحجة الإسلام في الابتداء) فإنه يجزئه عن حجة الإسلام التى نوى وعما لزمه بدخوله مكة (بخلاف ما إذا تحولت السنة لأنه صار ديننا في ذمته) بمضى وقت الحج (فلا يتأدى إلا بإحرام مقصود كما في الاعتكاف المنذور فإنه يتأدى بصوم رمضان من سنة نذر فيها دون العام الثاني) فإن قيل : سلمنا أن الحجة بتحول السنة تصير ديننا ، ولكن لانسلم أن العمرة تصير ديننا لعدم توقعها بوقت معين ، فينبغى أن تسقط العمرة الواجبة بدخوله مكة بغير إحرام بالعمرة المنذرة في السنة الثانية كما تسقط بها في السنة الأولى . أجب بأن تأخير العمرة إلى أيام النحر والتشريق مكروه ، فإذا أخرها إلى وقت مكروه صار كالمفوت لها فصارت ديننا . قال (ومن جاوز الميقات) بغير إحرام . ذكر في هذه المسئلة ثلاثة أحكام : المضى فيها ، وقضاؤها بإحرام من الميقات ، وسقوط الدم . أما المضى فلأن الإحرام عقد لازم لا يخرج المرء عنه بعد الشروع فيه إلا بأداء الأفعال . وأما القضاء

(قوله بالعمرة المنذرة) أتول : الظاهر أنها زائدة .

وقضاها) لأن الإحرام يقع لازماً فصار كما إذا أفسد الحج (وليس عليه دم لترك الوقت) وعلى قياس قول زفر رحمه الله لا يسقط عنه وهو نظير الاختلاف في فائت الحج إذا جاوز الوقت بغير إحرام وفيمن جاوز الوقت بغير إحرام وأحرم بالحج ثم أفسد حجته ، هو يعتبر المجاوزة هذه بغيرها من المحظورات . ولنا أنه يصير قاضياً حق الميقات بالإحرام منه في القضاء ، وهو يحكى الفائت ولا يتعدى به غيره من المحظورات فوضح الفرق (وإذا خرج المكي يريد الحج فأحرم ولم يعد إلى الحرم ووقف بعرفة فعليه شاة) لأن وقته الحرم وقد جاوزه بغير إحرام . فإن عاد إلى الحرم ولبي أو لم يلب فهو على الاختلاف الذي ذكرناه في الآفاق (والمتمتع إذا فرغ من عمرته ثم خرج من

إلا بصوم مقصود لعود شرطه : أغنى الصوم إلى الكمال الأصلي فلا يتأدى في صمن صوم آخر . ولقائل أن يقول : لافرق بين سنة المجاوزة وسنة أخرى . فإن مقتضى الدليل إذا دخلها بلا إحرام ليس إلا وجوب الإحرام بأحد التمسكين فقط . ففي أي وقت فعل ذلك يقع أداء لأن الدليل لم يوجب ذلك في سنة معينة ليصير بقواتها ديناً يقضى . فهما أحرم من الميقات بنفسك عليه تأدى هذا الواجب في ضمنه . وعلى هذا إذا تكرر الدخول بلا إحرام منه ينبغي أن لا يحتاج إلى التعيين وإن كانت أسباباً متعددة الأشخاص دون النوع . كما قلنا فيمن عليه صوم يومين من رمضان فصام ينوي مجرد قضاء ما عليه ولم يعين الأول ولا غيره جاز . وكذا لو كانا من رمضان على الأصح . فكذا نقول إذا رجع مراراً فأحرم كل مرة بنفسك حتى أتى على عدد دخلاته خرج عن عهدة ما عليه (قوله وليس عليه دم لترك الوقت) لأن المراد بقوله وقضاها كون القضاء بإحرام من الميقات . وهذا نظير الاختلاف فيمن جاوز الميقات بلا إحرام ثم أحرم بالحج ومضى فقاته فتحلل بعمره وقضاه من الميقات أو جاوز فأحرم بالحج فأفسده وقضاه من الميقات لادم عليه (قوله هو يعتبر المجاوزة هذه بغيرها من المحظورات) كالتطيب والخلق ، إذ لو تطيب أو حلق في إحرام نسك ثم أفسده وقضاه واجتنب المحظورات في القضاء لا يسقط عنه الدم فكذا هذا (ولنا أنه يصير قاضياً حق الميقات بالإحرام منه في القضاء وهو يحكى الفائت) فينجز به . وهذا لأن النقص حصل بترك الإحرام من الميقات ويصير قاضياً حقه بالقضاء . بخلاف ما ذكر لأن الكف عن محذور إحرام فيه لا يتعدى به فعل محذور في آخر (قوله وإذا خرج المكي) يعني إلى الحل (يريد الحج) لأنه لو خرج إلى الحل لحاجة فأحرم منه ووقف بعرفة فلا شيء عليه ، كالأفاقي إذا جاوز الميقات قاصداً البستان ثم أحرم منه ، هذا

فلأنه ألزم الأداء على وجه الصحة ولم يفعل . وأما سقوط الدم فلأنه إذا قضاها بإحرام من الميقات فينجز به ما نقص من حق الميقات بالمجاوزة من غير إحرام فسقط عنه الدم كمن سها في صلاته ثم أفسدها فقضاها سقط سجود السهو . وقال زفر : لا يسقط عنه الدم ، وهذا الاختلاف نظير الاختلاف فيمن جاوز الميقات بغير إحرام ثم أحرم بالحج وفاته الحج ثم قضاه فإنه يسقط عنه دم الوقت عندنا خلافاً لزفر . ونظير الاختلاف فيمن جاوز الميقات بغير إحرام وأحرم بالحج ثم أفسده بالجماع قبل الوقوف بعرفة ثم قضاه فإن دم الوقت يسقط عنه عندنا خلافاً لزفر ، قال : لأن الدم بمجاوزة الميقات صار واجباً عليه فلا يسقط بفوات الحج ، كما لو وجب عليه الدم بالتطيب أو لبس الخيط فإنه لا يسقط عنه بفوات الحج (ولنا أنه يصير قاضياً حق الميقات بالإحرام منه) أي من الميقات (في القضاء وهو) أي القضاء (يحكى الفائت) أي يفعل مثل فعل ما فات وهو الإحرام من الميقات ابتداء فينعدم به المعنى الذي لأجله لزمه الدم وهو المجاوزة بغير إحرام بخلاف غيره من المحظورات فإنه لا يتعدى بفوات الحج وقضائه . وقوله (وإذا خرج المكي من الحرم النخ) ظاهر .

الحرم فأحرم ووقف بعرفة فعليه دم) لأنه لما دخل مكة وأتى بأفعال العمرة صار بمنزلة المكي ، وإحرام المكي من الحرم لما ذكرنا فيلزمه الدم بتأخيره عنه (فإن رجع إلى الحرم فأهل فيه قبل أن يقف بعرفة فلا شيء عليه) وهو على الخلاف الذي تقدم في الآفاق ، والله تعالى أعلم .

(باب إضافة الإحرام إلى الإحرام)

(قال أبو حنيفة رحمه الله : إذا أحرم المكي بعمرة وطاف لها شوطا ثم أحرم بالحج فإنه يرفض الحج ، وعليه لرفضه دم ، وعليه حجة وعمرة) .

ولذا أحرم المكي للعمرة من الحرم فعليه دم إن لم يعد إلى ميقاته على ما عرف (قوله لأنه لما دخل إلى مكة النخ) ظاهر مسألة ذكرت في المناسك أن بدخول أرض الحرم يصير له حكم أهل مكة في الميقات ، وهي أن من جاوزه بغير إحرام فأحرم بحجة ثم أحرم من الحرم بعمرة لزمه دمان : دم ترك الميقات ، ودم ترك ميقات العمرة ، لأنه في حق من صار من أهل مكة الحل اهـ . ولم أر تقييد مسألة المتمتع بما إذا خرج على قصد الحج ، وينبغي أن يقيد به ، وأنه لو خرج للحاجة إلى الحل ثم أحرم بالحج منه لا يجب عليه شيء كالمكي . هذا وفي مجاوزة المرقوق مع مولاه بلا إحرام ثم أذن له مولاه فأحرم من مكة دم يؤخذ به بعد العتق ، وإن جاوزه صبي أو كافر فأسلم أو بلغ الصبي فلا شيء عليهما ، والله أعلم .

(باب إضافة الإحرام إلى الإحرام)

(قوله قال أبو حنيفة النخ) حاصل وجوه : ما إذا أحرم المكي بعمرة فأدخل عليها إحرام حجة ثلاثة : إما أن يدخله قبل أن يطوف فترفض عمرته اتفاقا ، ولو فعل هذا آفاق كان قارنا على ما أسلفناه في باب القرآن ، أو يدخله بعد أن يطوف أكثر الأشواط فترفض حجته اتفاقا ، ولو فعل هذا آفاق كان متمتعا إن كان الطواف في أشهر الحج على ما قدمناه ، أو بعد أن طاف الأقل فهي الخلافية عنده يرفض الحج لما يلزم رفض العمرة من إبطال العمل . وعندهما العمرة لأنها أدنى حالا إذ ليس من جنسها فرض . بخلاف الحج وأقل أعمالا وهو ظاهر وأيسر قضاء لعدم توقيتها وقلة أعمالها ، ولو فعل هذا آفاق كان قارنا على ما استوفيناه في صدر باب القرآن ، وكل من رفض نسكا فعليه دم لما روى أبو حنيفة عن عبد الملك بن عمير عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله

(باب إضافة الإحرام إلى الإحرام)

إضافة الإحرام إلى الإحرام في حق المكي ومن بعنائه جنابة ، وكذلك إضافة إحرام العمرة إلى إحرام الحج في حق الآفاق ، بخلاف إضافة إحرام الحج إلى إحرام العمرة ، فباعتبار معنى الجنابة ذكرها عقيب الجنابات ، وباعتبار عدمه جعله في باب على حدة (قال أبو حنيفة رحمه الله : إذا أحرم المكي بعمرة وطاف لها شوطا ثم أحرم بالحج فإنه يرفض الحج وعليه لرفضه دم وعليه حجة وعمرة) قيد بالمكي لأن الآفاق إذا أهل بالعمرة أولا وطاف لها شوطا ثم أهل بالحج مضى فيهما ، ولا يرفض الحج لأن بناء أعمال الحج على أعمال العمرة صحيح في حق الآفاق ، إلا أنه لو طاف لها أقل الأشواط كان قارنا ، وإن طاف لها الأكثر كان متمتعا لأن المتمتع من يحرم بالحج بعد عمل

(باب إضافة الإحرام إلى الإحرام)

(قوله فباعتبار معنى الجنابة ذكرها عقيب الجنابات وباعتبار عدمه جعله في باب على حدة) أقول : وأيضا ما يذكر في هذا الباب قضاة الإحرام ، وفي الباب السابق الخلو عنه فكان بينهما أشد المقابلة فذكر عقيبه في باب على حدة ، ولعل هذا الوجه أولى .

(وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: رفض العمرة أحب إلينا وقضاؤها وعليه دم) لأنه لا بد من رفض أحدهما لأن الجمع بينهما في حق المكي غير مشروع ، والعمرة أولى بالرفض لأنها أدنى حالا وأقل أعمالا وأيسر قضاء لكونها غير موقفة، وكذا إذا أحرم بالعمرة ثم بالحج ولم يأت بشيء من أفعال العمرة لما قلنا. فإن طاف للعمرة أربعة أشواط ثم أحرم بالحج رفض الحج بلا خلاف ، لأن الأكثر حكم الكل فتعذر رفضها كما إذا فرغ منها ، ولا كذلك إذا طاف للعمرة أقل من ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله .

عليه وسلم أمر لرفضها العمرة بدم ، ولو مضى المكي عليهما ولم يرفض شيئا أجزأه لأنه أدى أفعالهما كما التزمهما . غير أنه منهي عنه بقوله تعالى - ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام - يعني التمتع . وقد قدمنا أن القرآن داخل في مفهومه ، وسماه المصنف نهيا باعتبار المعنى وهو عن فعل شرعي فلا يمنع تحقق الفعل على وجه المشروعية بأصله غير أنه يتحمل إثم كصيام يوم النحر بعد أن يكون نذره : ثم عليه دم لتمكن التقصان في نسكه بارتكاب المنهي عنه فيه فهو دم جبر فلا يتناول منه شيئا ، أما إن كان المضى عليهما بعد أن أدخل الحج على العمرة قبل الطواف للعمرة أو بعد طواف الأقل فظاهر لأنه قارن . وإن كان بعد فعل الأكثر في أشهر الحج فكذلك لأنه متمتع . وليس لأهل مكة تمتع ولا قران ، فلو كان طواف الأكثر منه للعمرة في غير أشهر الحج ففي المبسوط أن عليه الدم أيضا ، قال : لأنه أحرم بالحج قبل أن يفرغ من العمرة ، وليس للمكي أن يجمع بينهما ، فإذا صار جامعا من

العمرة ، ولأكثر الطواف حكم الكل ، والقارن من يجمع بينهما ، وقيد بالعمرة لأن المكي إذا أهل بالحج فطاف له شوطا ثم أهل بالعمرة فإنه يرفض العمرة لأن إحرامه للحج قد تأكد ، وقبل التأكد كان يؤمر برفضها فبعده أولى . وقيد بالشوط : يعني الواحد لأنه إذا طاف لها أربعة أشواط لا خلاف في رفض الحج ، وأما في الشوطين والثلاثة فقد صرح فخر الإسلام بوجود الخلاف الذي ذكر إذا طاف لها شوطا (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : رفض العمرة أحب إلينا وقضاؤها وعليه دم لأنه لا بد من رفض أحدهما) بناء على ما تقدم من أن الجمع بين الحج والعمرة في حق المكي غير مشروع فلا بد من رفض أحدهما حذرا من الاستدامة على غير المشروع (والعمرة أولى بالرفض لأنها أدنى حالا) لكونه فرضا دونها (وأقل أعمالا) لأن أعمالها الطواف والسعي لا غير (وأيسر قضاء لكونها غير موقفة) هذا إذا كان الحج فرضا . وأما إذا كان تطوعا فيعمل بالوجهين الأخيرين . وقوله (وكذا إذا أحرم) يعني رفض العمرة أحب لكن هذا بالاتفاق (لما قلنا) يعني من الأمور الثلاثة ، وفي عبارته تسامح لأنه عطف بقوله وكذا المتفق عليه على المختلف فيه وهو ملبس لا محالة . وقوله (فإن طاف للعمرة أربعة أشواط) ظاهر مما ذكر آنفا . وقوله (ولا كذلك إذا طاف للعمرة أقل من ذلك عندهما) اختلفت النسخ ههنا في بعضها عندهما وفي بعضها عند أبي حنيفة ، وفي بعضها : وكذلك إذا طاف للعمرة أقل من ذلك عند أبي حنيفة بمحذف كلمة لا من قوله ولا كذلك . قال صاحب النهاية رحمه الله : ذكر الإمام مولانا حسام الدين الإخسي رحمه الله . والصواب وكذلك يعني النسخة الأخيرة قال : وهكذا أيضا وجدته بخط شيخني ، ولكل واحدة من هذه النسخ وجه ، أما وجه الأولى والثالثة فظاهر ، وأما وجه الثانية فهو أنه لدفع سؤال سائل وهو أن يقال : لما أخذ الأكثر حكم الكل يكون الأقل مغلوبا محكما ، فينبغي أن يرفض العمرة عند أبي حنيفة حيث أنه لم يأخذ حكم الموجود فصار كأنه لم يطف

(قوله وأما إذا كان تطوعا فيعمل بالوجهين الأخيرين) أقول : فيه بحث : فإن ما من جنسه واجب على حاله ما ليس من جنسه واجب (قوله وقوله ولا كذلك إذا طاف للعمرة أقل من ذلك عندهما إلى قوله : وهذا هو أحد الوجهين) أقول : ويجوز أن تكون لازمة بقية السباق والسياق .

وله أن إحرام العمرة قد تأكد بأداء شيء من أعمالها وإحرام الحج لم يتأكد، ورفض غير المتأكد أيسر، ولأن في رفض العمرة والحالة هذه إبطال العمل . وفي رفض الحج امتناع عنه وعليه دم بالرفض أيهما رفضه لأنه تحلل قبل أو أنه لتعذر المضى فيه فكان في معنى المحصر إلا أن في رفض العمرة قضاءها لا غير، وفي رفض الحج قضاؤه وعمرة لأنه في معنى فائت الحج (وإن مضى عليهما أجزأه) لأنه أدى أفعالهما كما التزمهما، غير أنه منهي عنهما والنهي لا يمنع تحقق الفعل على ما عرف من أصلنا (وعليه دم لجمعه بينهما) لأنه تمكن التقصان في عمله لا ارتكابه المنهي عنه ، وهذا في حق المكي دم جبر ، وفي حق الآفاقي دم شكر (ومن أحرم بالحج ثم أحرم يوم النحر بحجة أخرى ،

وجه كان عليه الدم (قوله وله) أورد وجهين : الثاني منهما دافع لما يتوهم مما أورده بعض الطلبة على الأول . وهو أنه لما كان الأكثر كالكل في اعتبار الشرع لزمه أن الأقل ليس له حكم الوجود في اعتباره بل حكم العدم ، وهذا لأنه ليس معنى الكل إلا نفس الشيء ، فعدم اعتبار الأقل كالكل هو عدم اعتباره ذلك الشيء موجودا فيكون معتبرا عدما ، فيلزم اعتبار هذا البعض عدما إذ لا عبرة به إلا إذا كان في ضمن الكل إذ لا تصح العبادة مالم

للعمره شيئا وهناك يرفض العمرة كما مر، فكذلك في المعدوم الحكمي، فقال ليس كذلك، لأنه لما أتى بشيء من أفعال العمرة فقد تأكدت العمرة ولم يتأكد الحج أصلا فكان رفع غير المتأكد أسهل، وهذا هو أحد الوجهين المذكورين في الكتاب من جانبه ، والوجه الآخر هو ما ذكره بقوله (ولأن في رفض العمرة والحالة هذه) يعني والحال أنه أتى بشيء من أفعال العمرة (إبطال العمل) أي الطواف الذي أتى به (وفي رفض الحج امتناع عنه) والامتناع أهون من إبطال ما وقع معتدًا به . وقوله (وعليه دم بالرفض أيهما رفضه) يعني الحج عنده والعمرة عندهما (لأنه تحلل قبل أو أنه لتعذر المضى فيه) بكون الجمع بينهما غير مشروع (فكان في معنى المحصر) وعلى المحصر دم للتحلل ويكون الدم دم جبر لادم شكر على ما يأتي . فإن قيل : هلا لزمه دمان لحزمة كل واحد من الإحرامين دم ؟ أجيب بأنه غير ممنوع عن أحدهما بالتقصان حيثما تمكن وإنما تمكن في أحدهما فلذلك لزمه دم واحد (إلا أن في رفض العمرة قضاءها لا غير وفي رفض الحج قضاؤه وعمرة) أما الحج فلا لأنه صح شروعه فيه ثم رفضه ، ولما العمرة فلا لأنه في معنى فائت الحج وفائت الحج يتحلل بأفعال العمرة بالحديث ، وقد تعذر التحلل بأفعالها ههنا لأنه في العمرة والجمع بين العمرتين منهي فيجب عليه قضاء الحج والعمرة جميعا (وإن مضى عليهما) يعني إذا لم يرفض المكي ومن بمعناه العمرة أو الحج ومضى عليهما وأداهما (أجزأه لأنه أدى أفعالهما كما التزمهما غير أنه منهي عنهما) أي عن إحرام الحج وإحرام العمرة جميعا . قال صاحب النهاية : وفي نسخة شيخنا بخطه منهي عنها أي عن العمرة إذ هي المتعينة للرفض إجماعا فيما إذا لم يشتغل بطواف العمرة والكلام فيه لأنها هي الداخلة في وقت الحج وبسببها وقع العصيان . وقوله (والنهي لا يمنع تحقق الفعل على ما عرف من أصلنا) أن النهي يقتضي المشروعية دون النفي في أصول الفقه قيل ذكر المصنف في أول المسئلة أن الجمع بينهما في حق المكي غير مشروع ، ثم ذكر ههنا أنه لا يمنع تحقق الفعل ، ومعناه كما قلنا أنه يقتضي المشروعية فكان التناقض في كلامه . وأجيب بأنه أراد بقوله غير مشروع غير مشروع كاملا كما في حق الآفاقي وبه يتدفع التناقض . وقوله (وعليه دم) واضح . قال (ومن أحرم بالحج ثم أحرم يوم النحر بحجة أخرى) اعلم أن إضافة الإحرام إلى الإحرام أربعة أقسام بالقسمه العقلية : إدخال إحرام الحج على إحرام العمرة ، وإدخال إحرام الحج على إحرام الحج ، وإدخال إحرام العمرة على إحرام العمرة ، وإدخال إحرام العمرة على إحرام الحج . وقدم إدخال إحرام الحج على إحرام العمرة على الأقسام الباقية لكونه أدخل في كونه

فإن حلق في الأولى لزمته الأخرى ولا شيء عليه ، وإن لم يحلق في الأولى لزمته الأخرى وعليه دم قصر أو لم يقصر

تم فصار فعل البعض كعدم فعل شيء . وإذا لم يفعل شيئا ثم أحرم بالحج يرفض العمرة فكذا إذا فعل الأقل . وجوابه منع كون الأقل إذا لم يعتبر تمام الشيء فإنه يعتبر عدما لجواز أن لا يعتبر عدما ولا كالكل بل يعتبر بمجرد وجوده عبادة متنهضا سببا للثواب بنفسه إن كان البعض يصلح عبادة بالاستقلال . وبواسطة إتمامه إن لم يصلح مع إيجاب الإتمام ، وحينئذ هذا البعض إن كان من الأول فلا إشكال . وإن كان من الثاني فقد ثبت بمجرد وجوده اعتباره وتعليق خطاب الإتمام به وهو قوله تعالى - ولا تبطلوا أعمالكم - وفي رفض العمرة إبطاله موجب إتمامه . ولتذكر تقسيما ضابطا لفروع الباب ثم نتقل في كلام المصنف فنقول : الجمع إما بين إحرام حجتين فصاعدا كعشرين أو عمرتين كذلك أو حجة وعمرة الأول إما أن يجمع بينهما معا أو على التعاقب أو على التراخي ، فإما بعد الحلق في الأول أو قبله . وفي هذا إما أن يفوته الحج من عامه أولا ، فنيا إذا أحرم بهما معا أو على التعاقب لزمه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وعند محمد في المعية يلزمه إحداهما . وفي التعاقب الأولى فقط ، وإذا لزمه عندهما ارتفعت إحداهما باتفاقهما ويثبت حكم الرفض . واختلفا في وقت الرفض ، فعند أبي يوسف

جناية ولهذا لم يسقط عنه الدم . ولما فرغ من ذلك ذكر إدخال إحرام الحج على إحرام الحج مقدما على غيره لقوة حاله إذا كان أحدهما فرضا ، ثم إدخال إحرام العمرة على إحرام العمرة لاتفاقهما في الكيفية وكية الأفعال . والأصل في ذلك أن الجمع بين إحرام الحج أو إحرام العمرة بدعة . لكن إذا جمع بينهما لزمه عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وعند محمد والشافعي يلزمه أحدهما . ولا كلام ههنا مع الشافعي بناء على أن الإحرام عنده ركن فلا يمكن الجمع بين الركنين ، وعندنا شرط للأداء ، لكن محمدا يقول : وهو وإن كان شرطا للأداء إلا أنه ما شرع إلا للأداء فلا يتحقق إلا على الوجه الذي يتصور فيه الأداء . وأداء حجتين أو عمرتين معا غير متصور فلا يتصور الإحرام لهما كالتحريم في الصلاة ، وهما يقولان بالإحرام بالحج التزام محض في الذمة بدليل أنه يصح مفصلا عن الأداء والذمة تسع حججا كثيرة فصار من هذا الوجه كالنذر بخلاف التحريم للصلاة لأنها لا تصح مفصلا عن الأداء إلا أنه لا بد له من رفض أحدهما إما احترازا عن ارتكاب المنهي عنه ، وإما لأن البقاء للأداء لا للالتزام والجمع أداء غير متصور . فبعد هذا قال أبو حنيفة : إذا توجه إلى أداء أحدهما صار رافضا للأخرى . وقال أبو يوسف : كما فرغ من الإحرامين يصير رافضا أحدهما . وفائدة الاختلاف تظهر فيما إذا قتل صيدا قبل أن يتوجه إلى أحدهما ، فإنه على قول أبي حنيفة يلزمه قيمتان ، وعلى قول أبي يوسف يلزمه قيمة واحدة ، وكذلك إذا أحصر في هذه الحالة يحتاج إلى هديين للتحلل عند أبي حنيفة خلافا لأبي يوسف : إذا عرفت هذا تعود إلى تطبيق ما في الكتاب على هذا الأصل ، فإذا أحرم بالحج ثم أحرم يوم النحر بحجة أخرى (فإن حلق في) الحجة (الأولى) ثم أحرم يوم النحر بحجة أخرى (لزمته الأخرى) لما ذكرنا أنه التزام محض (ولا شيء عليه) لأن الأولى قد انتهت نهايتها (وإن لم يحلق في الأولى) وأحرم بحجة أخرى . صار جامعا بين إحرام الحج ، فبعد ذلك إما أن يحلق الأولى في هذه السنة أو يؤخر الحلق إلى السنة الثانية ، فإن حلق فقد تحلل عن الأولى ، ولكن جنى على الثانية بالحلق ، وإن أخر فقد أخر الحلق في الأولى عن وقته ، والتأخير عن الوقت مضمون في قول أبي حنيفة ولهذا قال في الكتاب (وعليه دم قصر أو لم يقصر) أي حلق أو لم يحلق ، وإنما عبر عنه بالتقصير لأن وضع المسئلة

(قوله فبعد هذا قال أبو حنيفة رحمه الله : إذا توجه إلى أداء أحدهما صار رافضا للأخرى) أقول : فيه بحث فإنه لا يصير بمجرد التوجه إلى عرفات -

عند أبي حنيفة) رحمه الله (وقالوا : إن لم يقصر فلا شيء عليه) لأن الجمع بين إحرامى الحج أو إحرامى العمرة بدعة ، فإذا حلق فهو وإن كان نسكا في الإحرام الأول فهو جناية على الثاني لأنه في غير أوانه فلهذا الدم بالإجماع ، وإن لم يحلق حتى حج في العام القابل فقد أخر الحلق عن وقته في الإحرام الأول وذلك يوجب الدم عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما لا يلزمه شيء على ما ذكرنا ، فلهذا سوى بين التقصير وعدمه عنده وشرط التقصير عندهما

عقيب صيرورته محرما بلا مهلة . وعند أبي حنيفة : إذا شرع في الأعمال ، وقيل إذا توجه سائرا ، ونص في المبسوط على أنه ظاهر الرواية . وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا جنى قبل الشروع فعليه دمان للجناية على إحرامين ودم عند أبي يوسف رحمه الله لارتفاض إحداهما قبلها اهـ .

(ومن القروع) لو جامع قبل أن يسير أو يشرع على الخلاف لزمه دمان للجماع ودم ثالث للرفض ، فإنه يرفض إحداهما ويمضي في الأخرى ويقضي التي مضى فيها وحجة وعمرة مكان التي رفضها . ولو قتل صيدا فعليه قيمتان أو أحصر قدمان ، هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى . وعند أبي يوسف دم سوى دم الرفض . وإذا تراخى فأدخل بعد الحلق في الأولى لزمته الثانية ، ولا يلزم رفض شيء ولا دم عليه ثم يتم أفعال الأولى ويستمر محرما إلى قابل فيفعل الثانية ، وإن أحرم بها قبل الحلق ولا فوات لزمه ، ثم إن وقف يوم عرفة أو ليلة المزدلفة بالمزدلفة رفضها وعليه دم الرفض وحجة وعمرة مكانها ويمضي فيما هو فيها ، وهذا قولهما . أما عند محمد فأحرامه باطل ، وإنما يرفضها لأنه لو لم يرفضها ووقف لها كان مؤديا لحجتين في سنة واحدة ، وكذا في ليلة المزدلفة لو لم يرفضها وعاد إلى عرفات فوقف يصير مؤديا لحجتين في سنة واحدة . وإن كان بعد طلوع فجر النحر لم يرفض شيئا لأن وقت الوقوف قد فات فلا يكون باستدامة الإحرام مؤديا لحجتين في سنة فيتم أعمال الحجة الأولى ويقم حراما ، ثم إن حلق في الأولى لزمه دم الجناية على إحرام الثانية اتفاقا ، وإن لم يحلق بل استمر حتى حل من قابل لزمه دم لتأخير الحلق عنده خلافا لهما ، وهل يلزم دم آخر للجمع ؟ قيل فيه روايتان ، وقيل ليس إلا رواية الوجوب وهو الأوجه ، وإن أحرم بالثانية بعد ما فاته الحج وجب رفضها ودم وقضاؤها وقضاء عمرة ، لأن فائت الحج وإن تحلل بأفعال عمرة هو محرم بالحج فيصير جامعا بين إحرام حجتين فيرفض الثانية . وأما الثاني وهو بعمرتين في المعية والتعاقب : أعني بلا فصل عمل ما في الحجتين والخلاف فيما يلزم ووقت الرفض إذا لزم ، وفيما إذا طاف للأولى شوطا رفض الثانية وعليه دم الرفض والقضاء ، وكذا هذا ما لم يفرغ من السعي ، فإن كان فرغ منه إلا الحلق لم يرفض شيئا وعليه دم للجمع ، وهذه تؤيد رواية لزومه في الجمع بين الحجتين على الوجه الذي ذكرناه ، فإن حلق للأولى لزمه دم واحد للجناية على الثانية ، ولو كان جامع في الأولى قبل أن يطوف فأفسدها ثم أدخل الثانية يرفضها

في قوله ومن أحرم بالحج ثم أحرم يتناول الذكر والأنثى ، فذكر أولا لفظ الحلق ثم لفظ التقصير لما أن الأفضل في حق الرجال الحلق ، وفي حق النساء التقصير (وقالوا : إن لم يقصر فلا شيء عليه لأن الجمع بين إحرامى الحج أو إحرامى العمرة بدعة) إلى آخر ما ذكر في الكتاب وهو واضح بعد التأمل فيما سبق ، لكن يرد عليه شيء وهو أن المذكور من مذهب محمد في هذا الأصل أنه إذا جمع بين إحرامين إنما يلزمه أحدهما وهو المروي عن الإمام

رافضا كما بينه المصنف ، إلا أن يقال : المراد بالتوجه هو الشروع في الأعمال (قوله فذكر أولا لفظ الحلق ثم لفظ التقصير لما أن الأفضل . في حق الرجل الحلق) أقول : لا يفهم من تلك العبارة هذا التفضيل ، والأولى أن يقال : ذكر تارة لفظ الحلق

ويعضى فى الأولى حتى يتمها لأن الفاسد معتبر بالصحيح فى وجوب الإتمام ، ولو كانت الأولى صحيحة كان عليه أن يعضى فيها ويرفض الثانية فكذا بعد فسادها . وإن نوى رفض الأولى والعمل فى الثانية لم يكن عليه إلا الأولى ، ومن أحرم ولا ينوى شيئاً فطاف ثلاثة أو أقل ثم أحرم بعمرة رفضها لأن الأولى تعينت عمرة حيث أخذ فى الطواف لما أسلفناه ، فحين أهل بعمرة أخرى صار جامعا بين عمرتين فلهذا يرفض الثانية . وأما الثالث وهو بحجة وعمرة ، فلما أن يجمع بينهما المكى ومن بمعناه كأهل المواقيت ومن دونهم أو الآفاقى . فإن كان الأولين فى الكافي للحاكم أنه لا يقرن بينهما ولا يضيف العمرة إلى الحج ولا الحج إلى العمرة . فإن قرن بينهما رفض انعمرة ومضى فى الحج ، وكذا أهل المواقيت ومن دونهم إلى مكة ، قال : وكذلك إن أحرم المكى أولا بالعمرة من وقتها ثم أحرم بالحج رفض عمرته . فإن مضى عليهما حتى يقضيهما أجزأه وعليه لجمعه بينهما دم ، فإن طاف للعمرة شوط أو ثلاثة ثم أحرم بالحج رفض الحج فى قول أبي حنيفة ، وقالا : يرفض العمرة وإن كان طاف أربعة أشواط ثم أهل بالحج قال : هذا يفرغ مما بقى من عمرته ويفرغ من حجته (١) وعليه دم لأنه أهل بالحج قبل أن يحل عن العمرة وهو مكى ولا ينبغى لأهل مكة أن يجمعوا بينهما ، ولو كان كوفيا لم يكن عليه هذا الدم اهـ . ولفظه أظهر فى عدم رفض الحج منه فى الرفض ، وصرح بذلك صاحب المبسوط شمس الأئمة فقال : لا يرفض واحدا منهما لأن للأكثر حكم الكل ، فكأنه أحرم به بعد التحلل من العمرة ، واختار صاحب الهداية وقوم أنه يرفض الحج إن تعذر رفض العمرة . ولو كان المكى أهل أولا بالحج فطاف شوطا ثم أهل بالعمرة رفض العمرة ، وإن لم يرفضها وطاف لها وسعى وفرغ منها أجزأه وعليه دم لأنه أهل بها قبل أن يفرغ من حجته . وفى الكافي : إذا خرج المكى إلى الكوفة لحاجة فاعتمر فيها وحج من عامه لم يكن متمتعا . وإن قرن من الكوفة كان قارنا ؛ ألا ترى أن كوفيا لو قرن وطاف لعمرته فى أشهر الحج ثم رجع إلى أهله ثم وافى الحج فحج كان قارنا ولم يبطل عنه دم القرآن لرجوعه إلى أهله كما يبطل عنه دم المتعة اهـ . وحاصله أن عدم الإتمام بالأهل شرط التمتع المشروع دون القرآن على ما أسلفنا نقله وقررناه بالبحث فى باب التمتع من أن النظر يقتضى اشتراط عدم الإتمام للقرآن كالمتمتة . وإن كان الثانى وهو الآفاقى ، فإن جمع بينهما أو أدخل إحرام الحج على إحرام العمرة قبل أن يطوف لها أربعة أشواط ، أو إن لم يطف شيئا فهو قارن وعليه دم شكر . وهل يشترط فى كون الجامع على أحد هذه الوجوه قارنا أن يؤدى طواف عمرته أو أكثره فى أشهر الحج ؟ تقدم ما نقلناه من عدم اشتراط ذلك وتقديمه ما أوردهنا عليه . وإن أدخل فيه بعد أربعة ، فإن كان فعلها فى أشهر الحج من غير إتمام صحيح على ما تقدم فى باب التمتع فهو متمتع إن حج من عامه ، وإلا فهو مفرد بهما . وإن أدخل إحرام العمرة على إحرام الحج ، فإن كان قبل أن يطوف شيئا من طواف القلوم فهو قارن مسيء وعليه دم شكر ، وإن كان بعد ما شرع فيه ولو قليلا فهو أكثر إساءة وعليه دم ، اختلف فيه ، فعند صاحب الهداية وفخر الإسلام أنه دم جبر فلا يأكل منه ، وعند شمس الأئمة دم

التمتراشى والفوائد الظهيرية ، وحينئذ ينبغى أن لا يلزمه دم ، وإن قصر لعدم لزوم الآخر ، فلما أن يكون سهوا فى نقل مذهب محمد ومذهبه كمنهجهما ، وإنما أن يكون عنه فى ذلك روايتان

ورأى لفظ التخصير إذا لم يجاوز كل منهما (قوله فلما أن يكون سهوا فى نقل مذهب محمد رحمه الله) أقول : بأنه إذا جمع بينهما يلزمه أحدهما .

(١) (قوله ويفرغ من حجته) فى بعض النسخ : ويرفض حجته ، وتأمل وحرر ، كتبه مصححه .

== ١٢٠ ==

(ومن فرغ من عمرته إلا التقصير فأحرم باخرى فعليه دم لإحرامه قبل الوقت) لأنه جمع بين إحرامى العمرة وهذا مكروه فيلزمه الدم وهو دم جبر وكفارة (ومن أهل الحج ثم أحرم بعمرة لزماءه) لأن الجمع بينهما مشروع في حق الآفاقى والمبئلة فيه فيصير بذلك قارنا لكنه أخطأ السنة فيصير مسيئا (ولو وقف بعرفات ولم يأت بأفعال العمرة فهو رافض لعمرته) لأنه تعذر عليه أدائها إذ هي مبنية على الحج غير مشروعة (فإن توجه إليها لم يكن رافضا حتى

شكر ، وقولهم رفض العمرة في هذه الصورة مستحب يؤنس به في أنه دم شكر ، وكذا إن أهل بالعمرة بعرفة ، وإن أهل بها يوم النحر وجب رفضها إن كان قبل الحلق اتفاقا والدم والقضاء ، وإن كان بعده اختلف فيه ، والأصح وجوب الرفض ، ولو لم يرفض في الصورتين أجزأه ويجب عليه دم للمضى ، وكذا إذا أحرم بها بعد ما فاتته الحج قبل أن يتحلل بأفعال العمرة يجب رفض العمرة ، وكل شيء رفضه يجب لرفضه دم وقضاؤه ، فإن كان عمرة لم يلزمه في قضاؤها سوى عمرة ، وإن كان حجة لزمه حج وعمرة ، أما الحجة فالقضاء ، وأما العمرة فلا أنه في معنى فائت الحج وهو يتحلل بها ثم يقضى الحج شرعا ، ولذا قلنا : لو أحرم بالحجة في سنته لاعمرة عليه ، والله سبحانه وتعالى أعلم . ولترجع لنحل كلام المصنف رحمه الله (قوله فعليه دم لإحرامه قبل الوقت) لأن وقته - بعد الحلق ، ولم يذكر محمد دما في الجمع بين الحجيتين في الجامع الصغير ، وذكره في الجمع بين العمرتين ، وأوجبه في المناسك من المبسوط فجعل بعض المشايخ فيه روايتين ، وذكر بعضهم أنه لافرق ، وسكوته في الجامع ليس نقيا بعد وجود الموجب لأن الموجب له في العمرتين وهو عدم المشروعية ثابت في الحجيتين ، وما ذكر في الفرق

(ومن فرغ من عمرته إلا التقصير فأحرم بعمرة أخرى فعليه دم) يعني بالاتفاق (لإحرامه قبل الوقت) لأن وقته بعد الحلق الأول ولم يوجد (لأنه جمع بين إحرامى العمرة وهذا مكروه فيلزمه الدم وهو دم جبر وكفارة) لا يحل تناول منه ، وهذه المسئلة من خواص الجامع الصغير بين فيها لزوم دم الجمع في العمرة من غير اختلاف الروايتين ، وسكت محمد ببيان وجوبه للجمع بين إحرامى الحج في الجامع الصغير وأوجبه في مناسك المبسوط . وقال بعض مشايخنا : في ذلك روايتان . وأما وجوبه في الجمع بين إحرامى العمرة فذلك رواية واحدة ، وهذه المسئلة أيضا تدل على أن مذهب محمد في لزوم الإحرامين كمنهيهما ، وإلا لما لزم عنده شيء لأن الجمع غير متحقق لعدم لزوم أحدهما ، إلا إذا أراد بالجمع إدخال الإحرام على الإحرام وإن لم يلزم إلا أحدهما فيستقيم . وقوله (ومن أهل بالحج) أى رفع صوته بالتلبية (ثم أحرم بعمرة لزماءه لأن الجمع بينهما مشروع في حق الآفاقى والمبئلة فيه فيصير بذلك قارنا) لأنه قرن بين النفسكين (لكنه أخطأ السنة فيصير مسيئا لأن السنة إدخال الحج على العمرة لا إدخال العمرة على الحج . قال الله تعالى - فمن تمتع بالعمرة إلى الحج - جعل الحج آخر الغايتين ، لكن لما لم يؤد الحج صح لأن الترتيب وجد في الأفعال ، وإن فات في الإحرام فعليه تقديم أفعال العمرة على أفعال الحج ، حتى (لو وقف بعرفات ولم يأت بأفعال العمرة كان رافضا لعمرته لأنه تعذر عليه أدائها إذ هي مبنية على الحج غير مشروعة) بل المشروع هو أن تكون أفعال الحج مبنية على أفعال العمرة . وقوله مبنية نصب على الحال . قال في النهاية : والعامل فيها معنى الإشارة في هي فلذا كانت مقيدة بقيد سيجىء وفيه نظر (فإن توجه إليها لم يكن رافضا) حتى لو بدا له فرجع من الطريق

(قوله لأن السنة إدخال الحج على العمرة لإدخال العمرة على الحج ، إلى قوله : لأن الترتيب وجد في الأفعال) أقول : فيه بحث ، فإنه استدلل بالآية على كونه سنة . والسنة ما استند إلى النبى صلى الله عليه وسلم لآلى نظم القرآن فتأمل . وقوله جعل الحج آخر الغايتين : يعنى المبدأ والنهى . وقوله وجد في الأفعال . الأولى أن يقال : يوجد في الأفعال (قوله والعامل فيها معنى الإشارة في هي ، إلى قوله : وفيه نظر)

يقف) وقد ذكرناه من قبل (فإن طاف للحج ثم أحرم بعمرته فضى عليهما لزماء وعليه دم لجمعه بينهما) لأن الجمع بينهما مشروع على مامر فيصح الإحرام بهما ، والمراد بهذا الطواف طواف التحية وأنه سنة وليس بركن حتى لا يلزمه بتركه شيء ، وإذا لم يأت بما هو ركن يمكنه أن يأتي بأفعال العمرة ثم بأفعال الحج ، فلهذا لو مضى عليهما جاز وعليه دم لجمعه بينهما وهودم كفارة وجبر هو الصحيح لأنه بان أفعال العمرة على أفعال الحج من وجه (ويستحب أن يرفض عمرته) لأن إحرام الحج قد تأكد بشيء من أعماله ، بخلاف ما إذا لم يطف للحج ، وإذا رفض عمرته يقضيها لصحة الشروع فيها (وعليه دم) لرفضها (ومن أهل بعمرته في يوم النحر أو في أيام التشريق لزمته) لما قلنا (ويرفضها) أي يلزمه الرفض لأنه قد أدى ركن الحج فيصير بانبا أفعال العدة على

من أنه في الحجتين لا يصير جامعا فعلا لأنه لا يؤدي أفعال الأخرى إلا في سنة أخرى . بخلاف العمرة فإنه يؤدي الثانية في هذه السنة فيصير جامعا فعلا لا يتم لأن كونه بحيث يتمكن من أداء العمرة الثانية لا يوجب الجمع فعلا فاستويا ، فالأوجه أنه ليس فيه إلا رواية الوجوب (قوله وقد ذكرناه) يعني في باب القرآن (قوله والمراد بهذا الطواف) يعني في قوله فإن طاف للحج (قوله وهو دم كفارة وجبر هو الصحيح) فلا فرق في وجوب الدم بين الصورة الأولى والثانية . غير أن الدم في الأولى دم القرآن للشكر اتفاقا وفي الثانية مختلف فيه . ومختار المصنف وفخر الإسلام أنه دم جبر لأنه بان أفعال العمرة على أفعال الحج من وجه لتقديم طواف القلوم . واختار شمس الأئمة السرخسي أنه شكروا إن كان هو أكثر إساءة من الأول ، فإن هذا الطواف لما لم يكن ركنا ولا واجبا أمكنه بناء أفعال العمرة فيصير بانبا أفعال العمرة على أفعال الحج فلا موجب للدم جبرا ، ولا نفسم بناءه من وجه بسبب تقديم بعض السنن ، ولو سلم منعنا كون هذا القدر من الوجه الاعتباري يوجب الجنابة الموجهة للدم . ولو قال قائل : إن طواف القلوم ليس من أفعال الحج أصلا ولا من سنن نفس عبادة الحج بل هو سنة لقدم المسجد الحرام كركعتي التحية لغيره من المساجد ولذا سقط بطواف آخر من مشروعات الوقت ، حتى لو لم يدخل المحرم بالحج مكة إلا يوم النحر بعد الوقوف سقط استنانه بفعل طواف الإفاضة وكذا المعتمر لا يسن في حقه لإغناء

إلى مكة فطواف لعمرته وسعى ثم وقف بعرفات كان قارنا (وقد ذكرناه من قبل) يعني في آخر باب القرآن حيث قال ولا يصير رافضا بمجرد التوجه هو الصحيح من مذهب أبي حنيفة الخ (فإن طاف للحج) يعني طواف التحية (ثم أحرم بعمرته فضى عليهما) وتفسير المضى أن يقدم أفعال العمرة على أفعال الحج كما هو المسنون في القرآن (لزماء وعليه دم لجمعه بينهما لأن الجمع بينهما مشروع على مامر) يعني قوله لأن الجمع بينهما مشروع في حق الآفاق (فصح الإحرام بهما) وكلامه ظاهر . وقوله (هو الصحيح) احتراز عما اختاره شمس الأئمة وقاضيه خان والإمام المحبوبي أن ذلك دم القرآن فيكون دم شكر . وذكر الإمام فخر الإسلام مثل ما ذكر في الكتاب لأنه أخطأ السنة في بناء أفعال العمرة على أفعال الحج من وجه فكان كقران المكي . وقوله (ويستحب) ظاهر . وقوله (ومن أهل بعمرته في يوم النحر) يعني قبل الحلق أو قبل طواف الزيارة لأن حكم من أهل بها بعد ما حل من الحجة بالحلق يأتي ذكره كذا في النهاية ، والظاهر الإطلاق على ما ذكره . وقوله (لزمته لما قلنا) يريد قوله لأن الجمع بينهما مشروع في حق الآفاق . وقوله (ويرفضها) قالوا معناه : يلزمه الرفض لأنه قد أدى ركن الحج ، وهو الوقوف فيصير بانبا

أقول : فإن هي ليست من أسماء الإشارة بل العامل فيها هو انتساب الخبر إلى مبتدأ صرحوا به (قوله والظاهر الإطلاق على ما ذكره) أقول : يرفضه

أفعال الحج من كل وجه ، وقد كرهت العمرة في هذه الأيام أيضا على ما نذكر فلها يلزمه رفضها ، فإن رفضها فعليه دم لرفضها (وعمره مكانها) لما بينا (فإن مضى عليها أجزأه) لأن الكراهة لمعنى في غيرها وهو كونه مشغولا في هذه الأيام بأداء بقية أعمال الحج فيجب تخليص الوقت له تعظيما (وعليه دم لجمعه بينهما) إما في الإحرام أو في الأعمال الباقية ، قالوا : وهذا دم كفارة أيضا ، وقيل إذا حلق للحج ثم أحرم لا يرفضها على ظاهر ما ذكر في الأصل ، وقيل يرفضها احترازا عن النهي .

طواف العمرة عنه ، كما تسقط الركعتان بإقامة الفريضة عند الدخول لحصول التحية تعظيما في ضمن الفرض ، ولو كان معتبرا سنة نفس العبادة تابعا لما لم يسقط بحال كما لم تسقط سنة الظهر بفعل الفرض فكان أظهر في الدفع لأنه حينئذ لا يكون تقلعه موجبا بناء العمرة من ذلك الوجه أيضا ، وهذا الوجه الذي ذكرناه هو من كلامهم في توجيه سقوطه إذا لم يدخل المحرم مكة وتوجه إلى عرفات ، ويستلزم أن طواف القدوم لايسن للقارن لأنه يبدأ بطواف العمرة إذا دخل فيحصل المقصود في ضمنه . فإن قيل : قد ذكرت فيما تقدم من الآثار ما يدل على أنه يطوف طوافين فلا تعارض بما ذكرت من المعنى . قلنا فيلزم بطلان سقوطه فيما إذا لم يدخل مكة إلا بعد الوقوف يوم النحر ، فالحاصل أن أحد الأمرين لازم . والحق أن دلالة الآثار على استئذان طوافين للقارن لا يلزمه كون أحدهما

أفعال العمرة على أفعال الحج من كل وجه . وقوله (وقد كرهت العمرة) وجه آخر في لزوم الرفض (على ما نذكر) إشارة إلى ما يذكر في باب القوات بقوله العمرة لاتفوت وهي جائزة في جميع السنة إلا خمسة أيام يكره فعلها فيها ، وقوله (وعمره مكانها) أى قضاء للمرفوضة . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لأن الجمع بينهما مشروع . فإن قيل : ما الفرق بين هذه المسئلة وبين الشروع في الصوم في يوم النحر حيث لا يلزمه القضاء إذا أفسده وهنا يلزم ؟ أجيب بأن مجرد الشروع في الصوم فيه تحصل به المعصية وهي ترك إجابة ضيافة الله تعالى فيؤمر بالإفطار ولا يلزمه القضاء ، وأما بمجرد الإحرام للعمرة في هذه الأيام فلا تحصل لأن المعصية أداء أفعالها في هذه الأيام فيلزمه القضاء لصحة الشروع (وإن مضى عليها) أى على العمرة التي أحرم لها يوم النحر وفي بعض النسخ عليهما : أى على الحج والعمرة (أجزأه) ودليله ظاهر . وقوله (وعليه دم لجمعه بينهما ، إما في الإحرام) يعني إن كان إحرام العمرة قبل التحلل بالخلق (أو في الأعمال الباقية) يعني إذا كان بعد الحلق ، وهذا يرشدك إلى أن كلام المصنف على إطلاقه ليس بمقيد بما قبل الحلق كما قال صاحب النهاية ، لأنه إذا كان قبل الحلق ففيه الجمع بين الإحرامين فلا حاجة إلى قوله أو في الأعمال لاسيما وقد ذكر بكلمة أو ، وكذا قوله وقيل إذا حلق يدل على ذلك لأن معناه يلزمه الرفض مطلقا (وقيل إذا حلق للحج ثم أحرم لا يرفضها على ظاهر ما ذكر في الأصل) قال الإمام فخر الإسلام : لم يذكر محمد الرفض في الجامع الصغير ، وجوابه في الأصل مشتبه بظاهر ذلك أنه لا يرفضها (وقيل يرفضها احترازا عن النهي)

إليه قول المصنف إما في الإحرام أو في الأعمال الباقية (قوله لما بينا إشارة إلى قوله : لأن الجمع بينهما مشروع) أقول : والظاهر أنه إشارة إلى قوله لصحة الشروع فيها (قوله أجيب بأن مجرد الشروع في الصوم الخ) أقول : وإن أردت زيادة التفصيل فراجع قبيل باب الاعتكاف من الهداية وشروحه (قال المصنف : لأن الكراهة لمعنى في غيرها) أقول : لم يبين وجه الخلاص من بناء أفعال العمرة على أفعال الحج (قوله فلا حاجة ، إلى قوله : أو في الأعمال لاسيما وقد ذكر بكلمة أو) أقول : يجوز أن يذكره لتأكيد معنى الجمع فحينئذ لا يكون قول الشارح لاسيما في محله (قوله لأن معناه يلزمه الرفض مطلقا) أقول : وفيه أنه لو كان المعنى ذلك لكان قوله وقيل يرفضها تكرارا ، فلا دلالة لقوله وقيل إذا حلق على ما ذكره ، بل دلالة على التقييد بظاهرة .

قال الفقيه أبو جعفر : ومشايخنا رحمهم الله تعالى على هذا (فإن فاته الحج ثم أحرم بعمره أو بحجة فإنه يرفضها) لأن فائت الحج يتحلل بأفعال العمرة من غير أن ينقلب إحرامه لإحرام العمرة على ما يأتيك في باب القوات إن شاء الله تعالى فيصير جامعا بين العمرتين من حيث الأفعال فعليه أن يرفضها كما لو أحرم بعمرتين ، وإن أحرم بحجة يصير جامعا بين الحجتين إحراما فعليه أن يرفضها كما لو أحرم بحجتين وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها ودم لرفضها بالتحلل قبل أوأانه ، والله أعلم .

للقدوم ، فادعاء أنه طواف القدوم ادعاء أمرزائد على مقتضى الدليل ، واعتقادي أن استنانه لإيقاع سعى الحج ، فإن السعى لم يشرع إلا مرتبا على طواف ، ومعلوم أنه رخص في تقديم السعى على يوم النحر فكان الثابت في الآثار بيان طريق تقديم سعى الحج للقارن . وعن هذا قلنا في المتمتع إذا أحرم بالحج بعد الفراغ من العمرة له أن يطوف طوافا ينقل به ثم يسعى بعده للحج وليس هو طواف القدوم . نعم يقتضى أن القارن لو لم يرد تقديم السعى لايسن في حقه طواف آخر ولا يلزم من التزامه محال ، وغاية ما يلزم إذا دل دليل على استئان طوافين مطلقا : أعنى غير مقيد بقصد تقديم السعى كون تقديم السعى سنة للقارن ولا ضرر في التزامه (قوله قال الفقيه أبو جعفر : ومشايخنا على هذا) أى على وجوب الرضى وإن كان بعد الحلق ، وصححه بعض المتأخرين لأنه بقى عليه واجبات من الحج كالرمي وطواف الصدر وسنة المبيت ، وقد كرهت العمرة في هذه الأيام أيضا فيصير بانبا أفعال العمرة على أفعال الحج بلا ريب .

يعنى النهى عن العمرة في هذه الأيام كما ذكرنا (قال الفقيه أبو جعفر ومشايخنا رحمهم الله : على هذا) القول وهو رفض العمرة . ومعنى ما ذكرنا في الأصل أنه لا يرفضها : أى لا ترتفع من غير رفض . وقوله (فإن فاته الحج) يعنى فائت الحج وهو من فاته الوقوف بعرفة إذا أحرم بحجة أو عمرة فإنه يرفض التى أحرم بها . أما إذا كانت عمرة فلأن فائت الحج يتحلل بأفعال العمرة من غير أن ينقلب إحرامه لإحرام العمرة عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف رحمه الله . وفائدته تظهر في حق لزوم الرضى إذا أحرم بحجة أخرى ، فعندهما يرفضها كى لا يصير جامعا بين إحرامى الحج ، وعند أبي يوسف لا يرفضها بل يمضى فيها . وقوله (على ما يأتيك) أراد به قوله لأن فائت الحج يتحلل بأفعال العمرة لا قوله من غير أن ينقلب إحرامه لإحرام العمرة لأن هذا غير مذكور هناك . وقوله (فيصير جامعا) أى فائت الحج الذى أحرم بعمره يصير جامعا (بين العمرتين) أفعالا فيجب أن يرفض العمرة التى أحرم بها كما لو أحرم بعمرتين . وأما إذا كانت حجة فإنه يصير جامعا بين الحجتين إحراما فعليه أن يرفضها كما لو أحرم بحجتين وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها ودم لرفضها بالتحلل قبل أوأانه ، والله أعلم .

(باب الإحصار)

(وإذا أحصر المحرم بعدو أو أصابه مرض فتنعه من المضي جاز له التحلل) وقال الشافعي رحمه الله : لا يكون الإحصار إلا بالعدو لأن التحلل بالهدى شرع في حق المحصر لتحصيل النجاة وبالإحلال ينجو من العدو لا من المرض . ولنا أن آية الإحصار وردت في الإحصار بالمرض بإجماع أهل اللغة فإنهم قالوا : الإحصار بالمرض والحصر بالعدو

(باب الإحصار)

هو من العوارض النادرة وكذا القوات فأخرها . ثم إن الإحصار وقع له عليه الصلاة والسلام فقدم بيانه على القوات . والإحصار يتحقق عندنا بالعدو وغيره كالمرض وهلاك النفقة وموت محرم المرأة أو زوجها في الطريق ، وفي التجنيس في سرقة النفقة إن قدر على المشي فليس بمحصر وإلا فمحصر لأنه عاجز ، ولو أحرمت ولا زوج لها ولا محرم فهي محصرة لا تحل إلا بالدم لأنها منعت شرعا أكد من المنع بسبب العدو . وقال الشافعي رحمه الله : لا إحصار إلا بالعدو (قوله لأن التحلل شرع في حق المحصر لتحصيل النجاة) من السبب المانع (وبالإحلال ينجو من العدو لا المرض) ولا يخفى أنه يرد على هذا ببادئ النظر أن يقال إن قلت إنه لم يشرع إلا للنجاة من السبب منعنا الحصر ، وإن أردت أنه من أسباب شرعيته لم يقد نفى شرعيته في محل النزاع ، فلذا جعل بعضهم هذا الوجه مبنيا على الاستدلال بالآية ، هكذا الآية وردت لبيان حكم إحصار صلى الله عليه وسلم وأصحابه وكان بالعدو ، وقال في سياق الآية - فإذا أمنتم - إلى آخرها ، فعلم أن شرعية الإحلال في العدو كان لتحصيل الأمن منه ، وبالإحلال لا ينجو من المرض ولا يكون الإحصار بالمرض في معناه ، فلا يكون النص الوارد في العدو واردا في المرض فلا يلحق به دلالة ولا قياسا لأن شرعية التحلل قبل أداء الأفعال بعد الشروع في الإحرام على خلاف القياس فلا يقاس عليه (قوله فإنهم قالوا : الإحصار بالمرض والحصر بالعدو) أفاد هذا أن مراده بقوله

(باب الإحصار)

لما كان من الإحصار ما هو جنائية على المحرم أعقبه باب الجنائيات بباب على حدة ، تقول العرب : أحصر إذا منعه خوف أو عدو أو مرض من الوصول إلى إتمام حجته أو عمرته ، وإذا حبسه سلطان أو قاهر مانع يقولون حصر ، فالمحصر محرم ممنوع عن المضي إلى إتمام أفعال ما أحرم لأجله (فإذا أحصر بعدو أو مرض فتنع من المضي جاز له التحلل) والشافعي رحمه الله حصر الإحصار في العدو وقال : المريض ليس له أن يتحلل إلا أن يكون شرط ذلك عند إخرامه ، ولكنه بصير إلى أن يبرأ (لأن التحلل بالهدى شرع في حق المحصر لتحصيل النجاة) بالإحلال والنجاة بالإحلال لا تكون إلا من العدو ولأن ما به من المرض لا يزول بالتحلل ، بخلاف المحصر بالعدو فإن ما ابتلى به يزول بالتحلل لأنه يرجع إلى أهله فيندفع عنه شر عدوه (ولنا أن آية الإحصار وردت في الإحصار بالمرض بإجماع أهل اللغة ، فإنهم قالوا : الإحصار بالمرض والحصر بالعدو) وإذا وردت فيه كانت

(باب الإحصار)

والتحلل قبل أوانه لدفع الحرج الآتي من قبل امتداد الإحرام ، والحرج في الاصطبار عليه مع المرض أعظم .

وردت في الإحصار بالمرض بإجماع أهل اللغة أن إجماعهم على أن مدلول لفظ الإحصار المنع الكائن بالمرض والآية وردت بذلك اللفظ فيلزم إجماعهم على أن معناها ذلك إلا بناف ، وهذا لأن ذلك نقل عن الفراء والكسائي والأخفش وأبي عبيدة وابن السكيت والتمتبي وغيرهم . وقال أبو جعفر النحاس : على ذلك جميع أهل اللغة . ثم المقابلة في نقله قولهم الإحصار بالمرض والحصر بالعدو ظاهر في أن الإحصار خاص بالمرض والحصر خاص بالعدو . ويحتمل أن يراد كون المنع بالمرض من ما صدقات الإحصار ، فإن أراد الأول ورد عليه كون الآية لبيان حكم الحادثة التي وقعت للرسول صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضي الله عنهم . واحتاج إلى جواب صاحب الأسرار . وحاصله كون النص الوارد لبيان حكم حادثة قد ينتظمها لفظا وقد ينتظم غيرها مما يعرف به حكمها دلالة . وهذه الآية كذلك إذ يعلم منها حكم منع العدو بطريق أولى لأن منع العدو حسي لا يتمكن معه من المضى . بخلافه في المرض إذ يتمكن منه بالتحمل والمركب والخدم ، فإذا جاز التحلل مع هذا فمع ذلك أولى إلا أنه متناف لما ذكره المصنف من الوجه المعقول وهو قوله ولأن التحلل إنما شرع لدفع الحرج الآتي من قبل امتداد الإحرام ، والصبر عليه مع المرض أعظم ، فإنه يفيد أن حكم التحلل مع المرض أولى منه مع العدو فلا يكون النص عليه مع المرض يفيد مع العدو بطريق الدلالة ، ولا تندفع المناقاة بقولنا إن هذا مذكور بطريق النزول في معنى الآية : أى لو سلمنا أنها في الإحصار بالعدو فيثبت في المرض بطريق أولى لأن المذكور على تقدير التسليم مدعى حقيقته ، وعلى تقديره يازم ما ذكرنا . والأولى إرادة الأول وهو محمل قول أهل اللغة الإحصار بالمرض لقوله تعالى - للفقراء الذين أحصروا في سبيل الله - والمراد منهم الاشتغال بالجهاد وهو أمر راجع إلى العدو ، أو المراد أهل الصفة منهم تعلم القرآن أو شدة الحاجة والجهد عن الضرب في الأرض للتكسب . وقال ابن ميادة :

وما هجر ليلي أن تكون تباعدت عليك ولا أن أحصرتك شغول

وليس هو بالمرض . وفي الكشاف يقال : أحصر فلان إذا منعه أمر من خوف أو مرض أو عجز ، وحصر إذا حبسه عدو عن المضى أو سجن ، ومنه قيل للمحبس الحصر وللملك الحصر ، هذا هو الأكثر في كلامهم اه . وفي نهاية ابن الأثير يقال : أحصره المرض أو السلطان إذا منعه من مقصده فهو محصر . وحصره إذا حبسه فهو محصور ، والمعارضة مع ذلك بين جواب الشيخين قائمة . والأقرب حينئذ كلام المصنف لأن الظاهر كون الآية تنتظم الحادثة لفظا ولو بعمومها ، وعلى التقدير انتفى نفي الشافعي إلحاق المرض بالعدو وقصر إفادة الآية على شرعيته

دلالتها على الإحصار بالمرض أقوى ، وفيه بحث من وجهين : الأول كان من حق الكلام أن يقول بإجماع أهل التفسير لأن أهل اللغة لا تعلق لهم بورود الآية وسبب نزولها . والثاني أنها نزلت في رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضي الله عنهم وكان الإحصار بالعدو . والجواب عن الأول أن معناه بدلالة إجماع أهل اللغة أجمعوا على معنى دل ذلك المعنى أن تكون الآية واردة في الإحصار بمرض . وعن الثاني بما قيل النصوص الواردة مطلقة يعمل بها على إطلاقها من غير حمل على الأسباب الواردة هي لأجلها . وقوله (والتحلل قبل أوانه) استدلال بمعقول فيه شائبة النزول كأنه قال : سلمنا أن آية الإحصار وردت في الحصر بالعدو ، ولا فرق بين الإحصار والحصر ، لكن المرض ملحق به بالدلالة لأن التحلل قبل أوانه (لدفع الحرج الآتي من قبل امتداد الإحرام والحرج في الاصطبار على الإحرام مع المرض أعظم) لعمالة لكثرة احتياجه مداواة ومدارة إلى ما هو جنائياً عن

وإذا جازله التحلل (يقال له ابعث شاة تذبح في الحرم وواعد من تبعته بيوم بعينه يذبح فيه ثم تحلل) وإنما يبعث إلى الحرم لأن دم الإحصار قربة ، والإراقة لم تعرف قربة إلا في زمان أو مكان على مامر فلا يقع قربة دونه

للتجاة من العدو ثم وجدناه . واقعا في الحديث . روى الحجاج بن عمرو الأنصاري أنه صلى الله عليه وسلم قال « من كسر أو عرج فعليه الحج من قابل » فذكر ذلك لابن عباس وأبي هريرة فقالا : صدق ، رواه الخمسة . قال الترمذي : حديث حسن ، وفي شرح الآثار : حدثنا فهد حدثنا علي بن معبد بن شداد العبدي صاحب محمد ابن الحسن قال : حدثنا جرير بن عبد الحميد عن منصور عن إبراهيم عن علقمة قال : لدغ صاحب لنا وهو محرم بعمره فذكرناه لابن مسعود فقال : يبعث بهلى ويواعد أصحابه موعدا ، فإذا نحر عنه حل ، وبه إلى جرير عن الأعمش عن عمارة بن عمير عن عبد الرحمن بن يزيد قال : قال عبد الله : ثم عليه عمرة بعد ذلك . وهذا يفيد أن شرعيته لدفع أذى امتداد الإحرام مع الحابس عن الأعمال . وقد يقال : حديث « من كسر » غير مصرح بجواز الإحلال فيجوز كون المراد أنه إذا حبس بذلك حتى فاتته الحج فعليه الحج من قابل ، فإذا قامت الدلالة على أن شرعيته للحابس مطلقا استفيد جوازه لمن سرت نفقته ولا يقدر على المشي لأن قدر كذا عن أبي يوسف : ولا يبعد أن لا يجب المشي في الابتداء ويلزم بعد الشروع ، كالفقير إذا شرع في الحج والمرأة إذا مات محرما في الطريق أو زوجها في غير محل إقامة ولا قريب منه وبينها وبين مكة أكثر من ثلاثة أيام على ما يعرف في باب العدة إن شاء الله تعالى . وأما الذي ضل الطريق فهو محصر إلا أنه يزول إحصاره بوجود من يبعث معه هدى التحلل فإنه به يذهب المانع إذ يمكنه الذهاب معه إلى مكة ، فهو كالمحصر الذي لا يقدر على الهدى فيبقى محرما إلى أن ينجح إن زال الإحصار قبل فوات الحج أو يتحلل بالطواف والسعي إذا استمر الإحصار حتى فاتته الحج . هذا إذا ضل في الحل ، أما إن ضل في أرض الحرم فعلى قول من أثبت الإحصار في الحرم إذا لم يجد أحدا من الناس له أن يذبح إن كان معه الهدى ويحل ، كذا ذكر . والذي يظهر من تعليل منع الإحصار في الحرم تخصيصه بالعدو أما إن أحصر فيه بغيره فالظاهر تحققه على قول الكل ، والله أعلم وأحكم (قوله وواعد) الاحتياج إلى المواعدة على قول أبي حنيفة لأنه يجوز ذبح هدى الإحصار قبل يوم النحر ، أما على قولهما فلا حاجة لأنهما عينا يوم النحر وقتا له ، وقوله ثم تحلل يفيد أنه لا يتحلل قبله حتى لو ظن المحصر أن الهدى قد ذبح في يوم المواعدة ففعل من محظورات الإحرام ثم ظهر عدم الذبح إذ ذاك كان عليه موجب الجناية ، وكذا لو ذبح في الحل على ظن أنه

الإحرام ، وقوله (وإذا جاز التحلل) يعني إذا ثبت بما ذكرنا من الدليل جواز التحلل للمحصر (يقال له ابعث شاة تذبح في الحرم وواعد من تبعته بيوم بعينه يذبح فيه ثم تحلل) وهذا على قول أبي حنيفة رحمه الله لأن دم الإحصار عنده غير موقت فيحتاج إلى المواعدة ليعرف وقت الإحلال ، وأما عندهما فدم الإحصار في الحج موقت بيوم النحر فلا حاجة إلى المواعدة فيه ، وإنما يحتاج إليها في العمرة ، فإذا بعث فهو بالخيار إن شاء أقام بمكانه وإن شاء رجع لأنه لما صار ممنوعا من الذهاب يغير بين المقام والانصراف . قال في النهاية : إنما قيد بقوله يذبح فيه ثم يتحلل لأنه إذا ظن المحصر به ذبح هديه ففعل ما يفعله الحلال ثم ظهر أنه لم يذبح كان عليه ما على الذي ارتكب محظورات الإحرام لبقاء إحرامه ، كذا ذكره الإمام قاضيخان رحمه الله (وإنما يبعث إلى الحرم لأن دم الإحصار قربة والإراقة لم تعرف قربة إلا في زمان أو مكان على مامر) فدم الإحصار لا يعرف قربة بدون أحد هذين

فلا يقع به التحلل ، وإليه الإشارة بقوله تعالى ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدى محله - فإن الهدى اسم لما يهتدى إلى الحرم . وقال الشافعي رحمه الله : لا يتوقت به لأنه شرع رخصة والتوقيت يبطل التخفيف . قلنا : المراعى أصل التخفيف لانهائه .

ذبيح في الحرم وما أكل منه الذي معه ضمن قيمته يتصدق بها عن المحصر إن كان غنيا (قوله وإليه) مرجع التضمير التوقيت بالحرم المفهوم من قوله يذبح في الحرم مع قوله والإراقة لم تعرف قرينة إلا في زمان أو مكان ، والآية وهي قوله تعالى - ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدى محله - إما في الإحصار بخصوصه أو فيه وفي غيره . أو هو من عموم اللفظ الوارد على سبب خاص فيتناول منع الخلق قبل الأعمال في الإحصار وبعدها في غيره إلى أن يبلغ الهدى محله وبين محله بقوله تعالى - ثم محلها إلى البيت العتيق - وعنها قلنا : إذا لم يجد المحصر الهدى يبقى محرما حتى يجده فيتحلل به أو يتحلل بالطواف والسعي إن لم يجده حتى فاته الحج . فإن استمر لا يقدر على الوصول إلى مكة ولا إلى الهدى بقي محرما أبدا هذا هو المذهب المعروف . ولو سرق الهدى بعد ذبحه لأشئ عليه ، فإن لم يسرق تصدق به ، فإن أكل منه الذابح ضمن قيمة ما أكل إن كان غنيا يتصدق به عن المحصر . وعن أبي يوسف في المحصر إن لم يجد هديا قوم الهدى طعاما وتصدق به على كل مسكين نصف صاع أو يصوم مكان كل مسكين يوما فيتحلل به ، رواه عن عطاء . قال في الأمالي : وهذا أحب إلى . قلنا : هذا قياس يخالف النص في عين المقيس فلا يقبل . وقال الترمذاني : إن لم يجد بقي محرما . وقيل يصوم عشرة أيام ثم يتحلل ، وقيل ثلاثة أيام ، وقيل بإزاء كل نصف صاع يوما . ومن أحصر فوصل إلى مكة لم يبق محصرا على قول الإمام على ماسياقي ، فإن لم يقدر على الأعمال صبر حتى يفوته الحج ويتحلل بأفعال العمرة . وقد ذكرنا أنه يجب أن يكون هذا في الإحصار بالعدو ، وكذا قيل : لو قدم قارن غطاف وسعى لعمرته وحجته ثم خرج إلى بعض الآفاق قبل الوقوف وأحصر فإنه يبعث بهدي ويحل به ويقضى حجة وعمرة لحجته ولا عمرة عليه لعمرته مع أنه طاف وسعى لحجته ، ولا يحل بذلك لأن ذلك إنما يجب بعد القوات . ولو أحصر عبد أحرم بغير إذن مولاه بعث المولى الهدى ندبا ، ولو كان أحرم بإذنه اختلفت الرواية في وجوب بعث المولى وعدمه بل يجب على العبد عند العتق (قوله ولنا أن المراعى أصل التخفيف لانهائه) لم يذكر في كلام الشافعي أنه اعتبر نهاية التخفيف . لكن دعواه القائلة أن التوقيت يبطل التخفيف . وحاصل الجواب أن يقال : إن قلت إن المراعى نهاية التخفيف منعناه أو أصله ، فبالتوقيت لا ينفى أصل التخفيف بالكلية لتيسر من يرسل معه الهدى عادة من المسافرين . وأما الاستيضاح على كون المراعى أصل التخفيف بأنه لو لم يجد هديا يبقى محرما أبدا فلا يرد عليه لأن الشافعي لا يقول به ، بل إذا لم يجده عنده قومت شاة وسط فيصوم

(فلا يقع به التحلل) وقد عين الشارع المكان بإشارة (قوله ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدى محله) فإن الهدى اسم لما يهتدى إلى الحرم) والتحلل بالكسر عبارة عن المكان كالمسجد والمجلس . نهى عن الخلق حتى يبلغ الهدى موضع حله ، ثم فسر المحل بقوله - ثم محلها إلى البيت العتيق - وليس المراد عين البيت لأنه لا تراق فيه الدماء فكان المراد به الحرم . وهذا واضح (وقال الشافعي رحمه الله : لا يتوقت بالحرم لأنه شرع رخصة والتوقيت يبطل التخفيف ، قلنا : المراعى أصل التخفيف لانهائه) ولهذا لم يستحق التخفيف متى لم يجد الهدى بل يبقى محرما أبدا ، ولأن

(قال المصنف : وإليه الإشارة) أقول : مرجع التفسير التوقيت بالحرم المفهوم من قوله يذبح في الحرم مع قوله والإراقة لم تعرف

وتجوز الشاة لأن المنصوص عليه الهدى والشاة أدناه ، وتجزيه البقرة والبدنة أو سبعهما كما في الضحايا ، وليس المراد بما ذكرنا بحث الشاة بعينها لأن ذلك قد يتعذر ، بل له أن يبعث بالقيمة حتى تشتري الشاة هنالك وتذبح عنه . وقوله ثم تحلل إشارة إلى أنه ليس عليه الخلق أو التقصير ، وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وقال أبو يوسف : عليه ذلك ، ولو لم يفعل لأشياء عليه لأنه صلى الله عليه وسلم خلق عام الحديبية وكان محصرا بها وأمر أصحابه رضي الله عنهم بذلك . ولهما أن الخلق إنما عرف قرابة مرتبا على أفعال الحج فلا يكون نسكا قبلها وفعل النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه ليعرف استحكام عزيمتهم على الانصراف .

عن كل مد من قيمتها يوما ، وفي قول عشرة أيام كما في العجز عن هدى المتعة عنده ، والجواب ما تقدم والموعول عليه التردد الذي ذكرناه (قوله إشارة إلى أنه ليس عليه الخلق أو التقصير) وإلا قال ثم اخلق ونحوه ، فلما عدل إلى المعنى الأعم استفدنا عدم تعيين الخلق . وقوله وهو قول أبي حنيفة ومحمد أطلقه عنهما ، وفي الكافي : إنما لا يخلق إذا أحصر في الخلق ، أما إذا أحصر في الحرم فيخلق لأن الخلق موقت بالحرم عندهما ، فعلى هذا كان خلقه صلى الله عليه وسلم لكونه في الحرم لأن بعض الحديبية من الحرم على ما قدمه المصنف ، ولما لم يقل المصنف في جواب أبي يوسف عن خلقه صلى الله عليه وسلم لأنه كان في الحرم بل إن خلقه كان ليعرف بتشديد الراء أو بتخفيفها مبني للمفعول استحكام عزيمتهم على الانصراف أى ليعرف المشركين ذلك فلا يشتغلوا بأمر الحرب .

نهائيه لو كانت مراعاة لتحلل في الحال كما قال مالك رحمه الله وليس كذلك باتفاق بيننا وبينه . وقوله (وتجوز الشاة) ظاهر ، وذكر في المحيط أنه إذا كان معسرا لا يجد قيمة شاة أقام حراما حتى يطوف ويسعى كما يفعله فائت الحج . وقوله (وقال أبو يوسف : عليه ذلك) أى الخلق (ولو لم يفعل لأشياء عليه لأن النبي صلى الله عليه وسلم خلق عام الحديبية وكان محصرا بها وأمر أصحابه بذلك) فإن قيل : هذا الذى ذكره من الدليل يدل على قوله عليه ذلك لما أن مجرد فعل النبي عليه الصلاة والسلام في الذى لا يفعل قرابة دليل الوجوب فكيف إذا أمر غيره بذلك ، وحينئذ لا يكون دليلا على قوله ولو لم يفعل لأشياء عليه فأين دليله ؟ أجيب بأن هذه المسئلة عن أبي يوسف فيها روايتان : في رواية يجوز ، وفي أخرى واجب . والمصنف أورد دليل رواية الوجوب ولم يورد دليل الرواية الأخرى ، لأن دليل أبي حنيفة ومحمد يصلح دليلا لها . وقوله (ولهما أن الخلق إنما عرف قرابة) يعنى أن كون الخلق قرابة عرف بالنص ، بخلاف القياس فيراعى فيه جميع ما ورد فيه النص من الأوصاف ومن جملتها كونه (مرتبا على أفعال الحج) فلا يكون في غير المرتب قرابة ، وأما خلق النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه فليعرف المشركون استحكام عزيمة المؤمنين على الانصراف فيأمنوا جانبهم ولا يشتغلوا بمكيدة أخرى بعد الصلح .

قرابة إلا في زمان أو مكان (قوله فإن قيل : هذا الذى ذكره من الدليل يدل على قوله عليه ذلك لما أن مجرد فعل النبي صلى الله عليه وسلم الخ) أقول : قال علماء الأصول : إذا نقل عن النبي صلى الله عليه وسلم فعل فإن كان سهوا أو طمعا أو خاصا به فلا يجاب إجماعا ، وإن كان بيانا لحمل يجب اتباعه إجماعا ، وإن كان غير ذلك فهل يجب اتباعه أم لا ؟ قال البعض من الشافعية نعم ، وقال الأكثرون لا ، وهو المختار . إذا عرفت هذا عرفت أن قوله إن مجرد فعل النبي صلى الله عليه وسلم الخ يتطرق إليه المنع ، ثم إن أمره لهذا لو كان للوجوب لما خالفه الصحابة على ما نقل في الصحاح (قوله أجيب بأن هذه المسئلة عن أبي يوسف ، إلى قوله : والمصنف أورد دليل رواية الوجوب الخ) أقول : فيكون في عبارة المصنف إلباس حيث يفهم منه أن الثاني من جملة الأول وهو الظاهر . وقوله عليه ذلك : أى يستحب ، وقد استعمل عليه في هذا

(وإن كان قارنا بعث بدمين) لاحتياجه إلى التحلل من إحرامين ، فإن بعث بهدى واحد ليتحلل عن الحج ويبقى في إحرام العمرة لم يتحلل عن واحد منهما لأن التحلل منهما شرع في حالة واحدة (ولا يجوز ذبح دم الإحصار إلا في الحرم ، ويجوز ذبحه قبل يوم النحر عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا : لا يجوز الذبح للمحصر بالحج إلا في يوم النحر ، ويجوز للمحصر بالعمرة متى شاء) اعتبارا بهدى المتعة والقران . وربما يعتبرانه بالخلق إذ كل واحد منهما محلل . ولأبي حنيفة

كان ظاهرا في اعتقاده إطلاق الجواب فلا يجب عندهما الخلق سواء أحصر في الحل أو الحرم (قوله لأن التحلل منهما شرع في حالة واحدة) أي ليس غير . قال صلى الله عليه وسلم « فلا أحل حتى أحل منهما جميعا » في الصحيح (قوله وربما يعتبر أنه النخ) أما اعتبارهما إياه بالخلق فيجتمع أنه محلل وهو إلزامي . فإنهما لا يقولان بتوقيت الخلق في الحرم بل من حيث السنية ، والملحق هنا عندهما الزوم ، والإلزام لا يفيد في المطلوب شيئا ، لأنه لو اعترف الخصم بالخطأ في أحدهما فقال أعترف بالخطأ في أحد الأمرين من عدم توقيت الذبح بالزمان أو توقيت الخلق به لم يلزم خطؤه في محل النزاع عينا . وأما اعتبارهما بهدى المتعة والقران فبجمع أنه هدى تتعلق القرية فيه بنفس الإراقة ، وهو معارض بالقياس على سائر دماء الكفارات . وهذا أولى لأن الجامع في قياسهما إنما هو أثره في توقيته بالمكان بسبب أنه اسم لإضافي ، إذ معناه ما يهدي إلى مكان وذلك المكان هو الحرم بالاتفاق والنص . وهو قوله تعالى - ثم محلها إلى البيت العتيق - وتوقته بالزمان ليس معلولا لكونه هديا . بل اتفق معه اتفاقا حكما شرعيا

قوله (وإن كان) المحصر (قارنا بعث بدمين) لاحتياجه إلى التحلل عن إحراميه . فإن بعث بهدى واحد ليتحلل عن الحج ويبقى في إحرام العمرة لم يتحلل عن واحد منهما لأن التحلل منهما شرع في حالة واحدة (لما روى عن عائشة رضي الله عنها قالت « خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع فأهللنا بعمرة . ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من كان معه هدى فليلب بالحج مع العمرة ثم لا يخل حتى يخل منهما جميعا » وبالهدى الواحد لا يتحلل منهما فلا يكون له أن يتحلل أصلا . فإن قيل : دم الإحصار قائم مقام الخلق في التحلل والقارن يتحلل بخلق واحد عن الإحرامين فما باله لا يتحلل عنهما بهدى واحد ؟ أجيب بجوابين : أحدهما أن الخلق في الأصل محظور الإحرام . وإنما صار قرية بسبب التحلل فكان قرية لمعنى في غيره كالوضوء للصلاة فينوب الواحد عن الاثنين كالطهارة الواحدة تكفي لصلوات كثيرة . وأما الهدى فإنه شرع للتحلل إلا أنه قرية مقصودة بدون التحلل ولهذا جاز النذر به : وما هو قرية مقصودة بنفسه لا ينوب الواحد فيه عن الاثنين كأفعال الصلاة . والثاني أن الخلق محظور الإحرام ، وإنما يصير قرية بسبب التحلل . فإن تكرر فلا يخلو إما أن يكون التحلل واقعا بالأول أو بالثاني ، فإن وقع بالأول كان الثاني لغوا ، وإن وقع بالثاني كان الأول جناية ، فأما الذبح فليس بمحظور الإحرام فصح الجمع . وقوله (ولا يجوز ذبح دم الإحصار إلا في الحرم) إنما أعاد هذه المسئلة ليجعلها توطئة لقوله ويجوز ذبحه قبل يوم التحرز يادة في بيان أن دم الإحصار أعرف في اختصاصه بالمكان حيث لم يختلف فيه أصحابنا من اختصاصه بالزمان لأنه مختلف فيه . وقوله (اعتبارا بهدى المتعة والقران) تعليل عدم جواز الذبح للمحصر بالحج إلا في يوم النحر . وأما قوله (ويجوز للمحصر بالعمرة متى شاء) فبالاتفاق فلا يحتاج إلى تعليل (وربما يعتبرانه بالخلق إذ كل واحد منهما محلل) فكما لم يجوز الخلق قبل يوم النحر فكذلك الذبح . وقوله (ولأبي حنيفة)

المعنى في فصل المحرمات من التكاح . وقوله ولو لم يفعل لاشئ عليه قرينة لذلك (قوله فلا يحتاج إلى تعليل) أقول : مع أن تعليله ظاهر وهو

رحمه الله أنه دم كفارة حتى لا يجوز الأكل منه فيختص بالمكان دون الزمان كسائر دماء الكفارات ، بخلاف دم المتعة والقران لأنه دم نسك . وبخلاف الخلق لأنه في أوانه لأن معظم أفعال الحج وهو الوقوف ينتهي به . قال (والمحصر بالحج إذا تحلل فعليه حجة وعمرة) هكذا روى عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم ، ولأن الحجة

لم يظهر تأثيره فيه فكان وصفاً طردياً في حق هذا الحكم فلا يعمل به ، بخلاف دماء الكفارات فإن الكفاره مؤثرة في ستر الجنابة ، وهذا كذلك فإنه يمنع التأثيم في مباشرة محظورات الإحرام كما أن ذلك يرفعه ، ومعنى ستر الجنابة مؤثر في عدم التأخير ما أمكن ، ولازمه جوازه قبل يوم النحر وهو المطلوب ، مع أن قوله تعالى - فإن أحصرتم فما استيسر من الهدى - مطلق فلا ينسخ إطلاقه بما ذكرناه لو صح (قوله هكذا روى عن ابن عباس وابن عمر) وذكره الرازي عن ابن عباس وابن مسعود ، ثم ذكر وجهه من القياس وهو على فائت الحج . وقد يورد عليه أن وجوب العمرة على فائت الحج إنما هو للتحلل بها والمحصر يتحلل بالهدى فلا تجب العمرة عليه . والجواب أن الهدى لتعجيل الإحلال قبل الاعمال ، وهذا لأنه قد تحقق من الشرع أنه متى صح الشروع في الإحرام انعقد لازماً ولا يخرج عنه إلا بأداء الأفعال : أي أفعال حج أو عمرة ، حتى أنه إذا فاتته ما أحرم به من الحج لم يسوغ خروجه إلا بأفعال هي أفعال عمرة ، وإذا أحرم بالحج بنوى الفرض ثم ظهر له أنه كان أداه لزمه المضي فيه ، بخلاف الصلاة والصوم حيث لا يلزم بالشروع فيه مظنون الوجوب . وإذا أفسده وجب المضي في الفاسد ولا يخرج عن عهده إلا بالأفعال بخلاف سائر العبادات ، وإذا صح شروع المحصر لا يتحلل بمقتضى ما ذكرنا إلا بأفعال عمرة ، كفائت الحج فإنه عاجز عن الإتمام بعد الشروع ، فإذا لم يفعل وجب أن يحكم بوجوب قضائها رداً إلى ما عهد من أمر الحج في الشرع وأن الدم وجب عليه بتعجيل الإحلال قبل الأعمال وهو لا ينفى بقاء ذلك الواجب ، وعن هذا

ظاهر . وقوله (بخلاف دم المتعة والقران) جواب عن اعتبارها صورة النزاع بهما (لأنه) أي دم المتعة والقران (دم نسك) وما هو دم نسك يختص بالزمان فكذا هذا . وقوله (وبخلاف الخلق) جواب عن اعتبارها الآخر . وبيانه أن التحلل على نوعين : تحلل في أوانه وهو الذي يترتب على أفعال ما أحرم لأجله ، وتحلل قبل أوانه وهو ما ليس كذلك ، والأول لا بد له من التوقيت بيوم النحر لأن الركن الأصلي هو الوقوف بعرفة (وهو ينتهي به) أي بوقت الخلق لأن وقته يمتد إلى طلوع الفجر من يوم النحر فلا بد أن يقع الخلق في يوم النحر ، وأما الثاني فإنه لا يتوقف على أداء الأفعال فيجوز تقديمها لعدم الضرورة الداعية إلى التوقيت بيوم النحر وما نحن فيه من الثاني فكان قياسه على الأول قياساً مع وجود الفارق وهو باطل . قال صاحب الأسرار : قال الله تعالى - فإن أحصرتم فما استيسر من الهدى - من غير اشتراط زمان ، فاشتراطه بالقياس نسخ . قال (والمحصر بالحج إذا تحلل فعليه حجة وعمرة هكذا روى عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم) قالوا : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من فاتته عرفة بليل فقد فاتته الحج فليحل بعمره وعليه الحج من قابل » والحديث عام في الذي فاتته الحج بفوات وقت الوقوف وفواته بالإحصار لأن كل واحد منهما قد فاتته عرفة فقلنا بوجوب العمرة ، وأما الحجة فإنها تجب قضاء لصحة الشروع فيها . فإن قيل : العمرة في فائت الحج للتحلل ، والتحلل ههنا حصل بالهدى فلا حاجة إلى

عدم توقيت العمرة فلا يتوقف التحليل منه أيضاً فضلاً عن تحليل المحصر (قوله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من فاتته عرفة بليل فقد فاتته الحج فليحل بعمره وعليه الحج من قابل) أقول : قوله فليحل بعمره يدل على أن المراد هو فائت الحج بغير الإحصار ، إذ تحلل المحصر بالهدى لا بالعمرة فتأمل .

يجب قضاؤها لصحة الشروع فيها والعمرة لما أنه في معنى فائت الحج (وعلى المحصر بالعمرة القضاء) والإحصار عنها يتحقق عندنا . وقال مالك رحمه الله : لا يتحقق لأنها لا تتوقت . ولنا أن النبي عليه الصلاة والسلام وأصحابه رضي الله عنهم أحصروا بالحديبية وكانوا عمارا ، ولأن شرع التحلل لدفع الحرج وهذا موجود في إحرام العمرة . وإذا تحقق الإحصار فعليه القضاء إذا تحلل كما في الحج (وعلى القارن حجة وعمرتان)

قلنا : لو لم يحل حتى يتحقق بوصف القوات تحلل بالأفعال بلا دم ولا عمرة في القضاء . ثم ما ذكرناه من وجوب الحجة والعمرة في القضاء على المحصر هو فيما إذا قضاها من قابل . فلو قضى الحجة من عامه لا تجب معها عمرة لأنه لا يكون كفائت الحج كذا عن أبي حنيفة . وعنه لا يحتاج إلى نية التعيين إذ قضاها في تلك السنة . ذكرهما محمد في الأصل . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه عليه حجة وعمرة في الوجهين وعليه نية القضاء . وهو قول زفر . وعلى هذا الاختلاف والتفصيل ما إذا أحرم المرأة بحجة تطوع فنعما زوجها وحلها ثم أذن لها بالإحرام فأحرمت من عامها أو تحولت السنة ، وإذا قضاها من قابل إن شاء قرن بهما وإن شاء أفردهما . واعلم أن نية القضاء إنما تلزم إذا تحولت السنة اتفاقا فيما إذا كان الإحصار بحج نفل . أما إذا كان بحجة الإسلام فلا لأنها قد بقيت عليه حين لم يؤديها فينبو حجة الإسلام من قابل (قوله لأنها لا تتوقت) فلا يتحقق خوف القوات . قلنا خوف القوات ليس هو المبيح للتحلل ولا لم يجز التحلل ، لأنه إذا فاتته الحج يتحلل بأفعال العمرة وذلك لا يفوت ، فعلم أن التحلل إنما أبيح لما قلناه من ضرر امتداد الإحرام مع ظهور عجزه عن الأداء .

ومن فروع الإحصار بالعمرة : رجل أهل بنسك مبهم فأحصر قبل التعيين فعليه أن يبعث بهدى واحد ويقضى عمرة استحسانا . وفي القياس حجة وعمرة . لأن إحرامه إن كان للحج لزمه فكان فيه الاحتياط لكنه استحسنت المتيقن وهو العمرة فتصير هي ديننا في ذمته ، وفيه نظر . ولأنه كان متمكنا من الخروج عن هذا الإحرام بأداء عمرة فكذا بعده . وعن هذا أيضا قلنا : لو جامع قبل التعيين لزمه دم الجماع والمضي في أفعال العمرة وقضاؤها . بخلاف ما لو كان عين نسكا فنسيه ثم أحصر لأن هناك ثيقنا عدم نية الحج وهنا جاز كون المتوى كان الحج فيحل بهدى وعليه حجة وعمرة لهذا الاحتياط . ولو أحرم بشيئين والباقي بحاله فأحصر بعث بهديين ويقضى حجة وعمرتين استحسانا وقد قدمنا هذه (قوله وعلى القارن حجة وعمرتان) بقضيهما بقران أو أفراد . وهذا إذا لم يقض

إيجاب العمرة . قلنا : هذا رأى في مقابلة النص لما روى سالم عن ابن عمر رضي الله عنهم أنه كان يقول : حسبكم سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، إن حبس أحدكم عن البيت طاف بالبيت وبالصفا والمروة ثم حل من كل شيء حتى يحج عاما قابلا . وقوله (وعلى المحصر بالعمرة القضاء) يدل على أن الإحصار عن العمرة متصور . وقال مالك : هو غير متحقق في العمرة (لأنها لا تتوقت . ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضوان الله عليهم أحصروا بالحديبية وكانوا عمارا) صح في كتب الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه أحصروا بالعمرة بالحديبية فقضوها من قابل وكانت تسمى عمرة القضاء (ولأن التحلل مشروع لدفع الحرج وهذا موجود في إحرام العمرة ، وإذا تحقق الإحصار فعليه القضاء إذا تحلل كما في الحج . وعلى القارن حجة وعمرتان ، أما

(قوله قلنا هذا رأى في مقابلة النص الخ) أقول : غرض المترض أن قياسكم على فائت الحج لا يصح لوجود الفارق وقد حصل ، والحديث الذي رواه يدل على أن التحلل إنما يكون في المحصر بالعمرة ، وليس الأمر كذلك ، إلا أن يقال : للحديث دلالتان : وجوب العمرة على المحصر

أما الحج وإحداهما فلما بينا، وأما الثانية فلأنه خرج منها بعد صحة الشروع فيها (فإن بعث القارن هديا وواعدهم أن يذبحوه في يوم بعينه ثم زال الإحصار، فإن كان لا يدرك الحج والهدى لا يلزمه أن يتوجه بل يصبر حتى يتحلل بنحر الهدى) لفوات المقصود من التوجه وهو أداء الأفعال، وإن توجه ليتحلل بأفعال العمرة له ذلك لأنه فائت الحج

في سنة الإحصار، وأما إذا زال الإحصار بعد التحلل بالذبح والوقت يسع لتجديد الإحرام والأداء ففعل وإنما عليه عمرة القارن على ما هو رواية الأصل (قوله فإن بعث القارن هديا) الصواب المحصر مكان القارن، وهذا غلط ظاهر في النسخ، أما أولا فلأن هذا الحكم لا يخص القارن فالحاجة إلى بيانه مطلقا لا على خصوص القارن، وأما ثانيا فلأن القارن إنما يبعث بدمين (قوله فإن كان لا يدرك النخ) حاصل وجوه المسئلة أنه إذا زال الإحصار بعد البعث، فإذا أن يكون بحيث يدرك الهدى والحج أو لا يدركهما، أو يدرك الحج فقط أو الهدى فقط، وهذا التقسيم على قول أبي حنيفة كما ذكره المصنف وذكر أحكام الأقسام وهي ظاهرة (قوله وإن توجه ليحل بأفعال العمرة له ذلك) وله في هذا فائدة هي أنه لا يلزمه عمرة في القضاء. فإن قيل: إذا كان المحصر قارنا ينبغي أن يجب عليه أن يأتي بالعمرة التي وجبت عليه بالشروع في القارن لأنه قادر عليها. قلنا: إنه لا يقدر على أدائها على

أما الحج وإحداهما فلما بينا) يعني في المفرد من كونه بمعنى فائت الحج (وأما الثانية فلأنه خرج منها بعد صحة الشروع فيها) وقوله (فإن بعث القارن هديا) قال صاحب النهاية: ذكر القارن ههنا وتجمع غلطا ظاهرا من النسخ، فالصواب أن يقال: فإن بعث المحصر. وبيان الغلط من وجهين: أحدهما أنه ذكر فإن بعث القارن هديا ويجب على القارن بعث الهديين فإنه لا يتحلل بالواحد لأنه ذكر قبل هذا في هذا الباب، فإن كان قارنا بعث بدمين، والثاني أن المصنف جمع بين روايتي القدوري والجامع الصغير وهذه المسئلة المذكورة في هذين الكتابين في حق المحصر بالحج. وأقول: لما كان كلام المصنف قبل هذا في القارن لم يرد فك النظم فقل: فإن بعث القارن هديا، والهدى اسم لما يهدى إلى الحرم سواء كان ذلك دمين أو دما واحدا أو ثوبا، وكان ذكر أن الواجب عليه دمان وهما هدى القارن، فكأنه قال: فإن بعث القارن دمين فلا منافاة بين هذا وبين ما تقدم، ولا هو غلط في الكلام ولا من نسخه، بل ربما لو قال: فإن بعث المحصر كان ملبسا في حق القارن، ولو قال هديين كان غير فصيح لأنه اسم لجنس ما يهدى فلا يثنى إلا إذا قصد الأنواع وليس بمقصود أو العدد. وذلك معلوم مما تقدم فلهذا قال: فإن بعث القارن هديا (وواعدهم أن يذبحوه في يوم بعينه ثم زال الإحصار) ثم إن ههنا وجوها أربعة بمسب القسم العقلية، لأنه إما أن لا يدرك الحج والهدى أو يدركهما أو يدرك الهدى دون الحج أو بالعكس، والكل المذكور في الكتاب. ففي الوجه الأول (لا يلزمه أن يتوجه بل يصبر حتى يحل بنحر الهدى لفوات المقصود من التوجه وهو أداء الأفعال، وإن توجه ليتحلل بأفعال العمرة فله ذلك لأنه فائت الحج) فإن قيل: إذا كان في معنى فائت الحج وجب أن يؤمر بالتوجه والتحلل بالطواف والسعي حتما كفائت الحج. أجيب بأن الطواف والسعي في حق فائت الحج غير مقصود لعينه، ولكن المقصود هو التحلل، وهذا المقصود يحصل له بالهدى الذي بعثه

إن التحلل بعد العمرة، والنظم يدل على كون التحلل بالهدى فلا يعمل بالدلالة الثانية (قوله وأقول: لما كان كلام المصنف قبل هذا في أن لم يرد فك النظم فقال فإن بعث القارن هديا) أقول: هذا عذر بارد (قوله بل ربما لو قال فإن بعث المحصر كان ملبسا في حق القارن، قال هديين كان غير فصيح لأنه اسم لجنس ما يهدى فلا يثنى الخ) أقول: فيه بحث.

(وإن كان يدرك الحج والهدى لزمه التوجه) لزوال العجز قبل حصول المقصود بالخلف ، وإذا أدرك هديه صنع به ما شاء لأنه ملكه وقد كان عينه لمقصود استغنى عنه (وإن كان يدرك الهدى دون الحج يتحلل) لعجزه عن الأصل (وإن كان يدرك الحج دون الهدى جاز له التحلل) استحسانا . وهذا التقسيم لا يستقيم على قولهما في المحصر بالحج لأن دم الإحصار عندهما يتوقت بيوم النحر . فمن يدرك الحج يدرك الهدى . وإنما يستقيم على قول أبي حنيفة رحمه الله ، وفي المحصر بالعمرة يستقيم بالاتفاق لعدم توقت الدم بيوم النحر . وجه القياس وهو قول زفر رحمه الله أنه قدر على الأصل وهو الحج قبل حصول المقصود بالبدل وهو الهدى . وجه الاستحسان أنا لو ألزمناه التوجه لضاع ماله لأن المبعوث على يديه الهدى يذبحه ولا يحصل مقصوده . وحرمة المال كحرمة النفس . وله الخيار

الوجه الذي تلمز به وهو كونه على وجه يترتب عليها الحج إذ بفوات الحج يفوت ذلك (قوله لزمه التوجه) وليس له أن يتحلل بالهدى لأن ذلك كان لعجزه عن إدراك الحج وقد قدر عليه فلا يجوز الخلف مع القدرة على الأصل (قوله وهو قول زفر) وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة (قوله ولو خاف على نفسه الإيلام لزمه التوجه فكذا على ماله) فإننا رأينا الشرع في كثير من المواضع أنه أنزل المال كالنفس حتى أباح القتال دونه والقتل كالنفس . وفي البدائع لأنه إذا كان لا يقدر على إدراك الهدى صار كأن الإحصار زال عنه بالذبح فيحل به ، ولأن الهدى قدم مضى لسبيله بدليل أنه لا يجب الضمان على المبعوث معه بالذبح فصار كأنه قدر على الذهاب بعد ما ذبح عنه اهـ .

لينحصر عنه ، فله أن يقتصر بذلك ثم يقضى العمرة ، وله أن يتوجه لثلاث يلزمه قضاء العمرة ، وفي الوجه الثاني يلزمه التوجه (لزوال العجز قبل حصول المقصود بالخلف) كالمكفر بالصوم إذا أيسر قبل إتمام الكفارة به (وإذا أدرك هديه صنع به ما شاء لأنه ملكه وقد كان عينه لمقصود استغنى عنه) وفي الوجه الثالث يتحلل لعجزه عن الأصل . وفي الوجه الرابع جاز له التحلل (وهذا التقسيم) يعني الوجه الرابع (لا يستقيم على قولهما في المحصر بالحج) على ما ذكر في الكتاب وهو واضح . وقوله (وحرمة المال كحرمة النفس) يعني كما أن خوف النفس كان عذرا له في التحلل فكذلك الخوف على ماله ، لكن الأفضل أن يتوجه . فإن قلت : هذا الذي ذكره المصنف أن حرمة المال كحرمة النفس مخالف لما قاله فخر الإسلام والأصوليون أن حرمة النفس فوق حرمة المال فجواز أن يكون وقاية للنفس ، فإذا أكره بالقتل على إتلاف مال غيره جاز الإقدام عليه . فالجواب أن حرمة النفس فوق حرمة المال حقيقة لأنه مملوك مبتذل فأين يماثل المالك المبتذل ، ولكن حرمة المال تشبه حرمة النفس من حيث كون إتلافه ظلما لقيام عصمة صاحبه فيه ، وإلى هذا أشار المصنف بكاف التأييد ، فإن المشابهة بين الشئيين لا تقتضي اتحادهما من جميع الجهات ولا لارتفاع التشبيه . وقوله (وله الخيار) يعني على وجه الاستحسان ، لما جاز

(قال المصنف : وهذا التقسيم لا يستقيم على قولهما ، إلى قوله : وإنما يستقيم على قول أبي حنيفة رحمه الله ، وفي المحصر بالعمرة يستقيم بالاتفاق الخ) أقول : لكن لا يستقيم القسم الأول والثالث فيها لأنه إذا زال الإحصار والعمرة غير موقته كيف لا يدركها ؟ .
(قوله فإن المشابهة بين الشئيين لا تقتضي اتحادهما الخ) أقول : المساواة في الحرمة لا تستلزم الاتحاد من كل وجه فلا وجه لهذا التعليل ، بل

(١) (قول الفتح قوله ولو خاف على نفسه الخ) هذا على ما في نسخ من الهداية ، وفي نسخ لا وجود لذلك اهـ . كذا بخط العلامة البحراري حفظه الله ، كتبه مصححه .

إن شاء صبر في ذلك المكان أو في غيره ليدبح عنه فيتحلل . وإن شاء توجه ليؤدى النسك الذى التزمه بالإحرام وهو أفضل لأنه أقرب إلى الوفاء بما وعد (ومن وقف بعرفة ثم أحصر لا يكون محصرا) لوقوع الأمن عن القوات (ومن أحصر بمكة وهو ممنوع عن الطواف والوقوف فهو محصر) لأنه تعذر عليه الإتمام فصار كما إذا أحصر في الحل (وإن قدر على أحدهما فليس بمحصر) أما على الطواف فلأن فائت الحج يتحلل به والدم بدل عنه في التحلل ، وأما على الوقوف فلما بينا ، وقد قيل في هذه المسئلة خلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله

ولا يثلج خاطر شيء من ذلك ، والأفضل أن يتوجه لأن فيه الإبقاء بما التزمه كما التزمه (قوله ومن أحصر) بعد الوقوف بعرفة (لا يكون محصرا لوقوع الأمن من القوات) بتحقيق الفعل فلا يرد النقض بالعمرة ، فإن الأمن من القوات متحقق فيها مع تحقق الإحصار بها ، لأن المراد هنا أنه قد وقع الفعل بحيث لا يتصور بعده فساد ولا قوات ، وسقط به الفرض إذا انضم إليه الطواف في أى وقت اتفق من عمره ، بخلاف معنى عدم القوات في العمرة فلم يصدق عليه معنى الإحصار عن الحج ، فإن معناه المنع عن أفعاله . وهذا قد فعل ماله حكم الكل فلم يلزم امتداد الإحرام الموجب للخرج لأنه متمكن من الإحلال بالخلق يوم النحر عن كل محذور سوى النساء ، ثم إن خلق في غير الحرم لزمه دم . والحاصل أنه لم يتحقق العذر المحجوز للإحلال على ذلك الوجه لتمكنه منه على سنن المشروع الأصل ، غير أنه يبقى المنع في سير وهو النساء فيزول بالطواف ، ولا يعجز المحصر عن ساعة من ليل أو نهار يجد بها فرصة قدر الطواف مختفيا في زمان قدر شهر : والمنع من النساء في هذا المقدار لا يستلزم حرجا يبيح الإحلال مطلقا بغير الطريق الأصل : أعنى الخلق ، بخلاف الإحصار بالعمرة وهو محرم بها ، هذا وإذا تحقق الإحصار بعد مجرد الوقوف كان عليه دم لوقوف المزدلفة ودم الرمي ودمان لتأخير الخلق عن المكان وتأخير الطواف عند أبي حنيفة إن أخرهما ودم آخر إن خلق في الحل . واختلف هل له ذلك أم لا ؟ قيل ليس له أن يخلق في مكانه في غير الحرم ، ولو أخره حتى يخلق في الحرم تأخر عن زمانه ، وتأخيره عن الزمان أهون منه في غير المكان . وقيل له ، إذ ربما لو أخره ليخلق في الحرم يمتد الإحصار فيحتاج إلى الخلق في الحل فيفوت المكان والزمان (قوله وقد قيل في هذه المسئلة خلاف) وهو ما ذكر على بن الجعد عن أبي يوسف قال : سألت أبا حنيفة

له التحلل كان له الخيار (إن شاء صبر) إلى أن ينحر عنه الهدى في الميعاد فيتحلل (وإن شاء توجه لأداء النسك) لزوال العجز (وهو أفضل لأنه أقرب إلى الوفاء بما وعد ، ومن وقف بعرفة ثم أحصر لا يكون محصرا) لأن سبب حكم الإحصار خوف القوات وقد وقع الأمن عنه لقوله صلى الله عليه وسلم « من وقف بعرفة فقد تم حجه » لكنه محرم عن النساء حتى يطوف طواف الزيارة . وعليه عند أبي حنيفة أربعة دماء : دم ترك الوقوف بالمزدلفة . ودم ترك رمي الجمار . ودم لتأخير الطواف . ودم لتأخير الخلق . وعندهما ليس عليه لتأخير الطواف والخلق شيء . فإن قيل : قد تقدم أن ازدياد مدة الإحرام يثبت حكم الإحصار كما في إحصار العمرة وههنا قد ازدادت فليثبت حكمه . أجب بأنه متمكن من التحلل بالخلق إلا في حق النساء ، وإن كان يلزمه بعض الدماء فلا يتحقق العذر الموجب للتحلل . وقوله (ومن أحصر بمكة) ظاهر . وقوله (فلما بينا) يعنى قوله ومن وقف بعرفة ثم أحصر لا يكون محصرا . وقوله (وقد قيل في هذه المسئلة) يعنى قوله ومن أحصر بمكة (خلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف)

الأولى أن يقول : فإن وجه الشبه يكون في المشبه به أقوى وأتم وهو به أشهر كما صرحوا به (قوله أجب بأنه متمكن من التحلل بالخلق إلا في حق النساء) أقول : وأمر النساء هين .

- ١٣٥ -

تعالى ، والصحيح ما أعلمتك من التفصيل ، والله تعالى أعلم .

(باب الفوات)

(ومن أحرم بالحج وفاته الوقوف بعرفة حتى طلع الفجر من يوم النحر فقد فاته الحج) لما ذكرنا أن وقت الوقوف يتمدد إليه (وعليه أن يطوف ويسعى ويتحلل ويقضى الحج من قابل ولا دم عليه) لقوله عليه الصلاة والسلام « من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليحل بعمره وعليه الحج من قابل » والعمره ليست إلا الطواف والسعى .

عن المحرم يحصر بالحرم فقال : لا يكون محصرا ، فقلت : أليس أن النبي صلى الله عليه وسلم أحصر بالحديبية وهي من الحرم ؟ فقال : إن مكة كانت يومئذ دار الحرب ، وأما اليوم فهي دار الإسلام فلا يتحقق الإحصار فيها . قال أبو يوسف : أما أنا فأقول : إذا غلب العدو على مكة حتى حالوا بينه وبين البيت فهو محصر . والأصح أن التفصيل المذكور قول الكل . وفيه أن الحديبية من الحرم ، وهو خلاف ما ذكره البخاري أنها من الحل ، وما ذكره المصنف وغيره من مشايخنا أن بعضها من الحرم ، ولو صححت هذه الرواية فلا خلاف في المعنى إذا لاحظت تعليل أبي حنيفة ، وبملاحظته أيضا يتضح ما ذكرنا من حمل منعه الإحصار بالحرم على ما بالقدر ، إذ لا يتحقق إمكان تحقق العجز عن الذهاب إلى مكة بشدة المرض في بعض الصبور مع تحقق الإضرار ببقاء الإحرام مع المرض ، والله سبحانه أعلم .

[تقسيم] المتحلل قبل أعمال ما أحرم به إما محصر أو فاته الحج أو غيرهما وتحلل الأول في الحال بالدم والثاني بأفعال العمرة والثالث بلا شيء يتقدمه وهو كل من منع من المضى شرعا لحق العبد . كالمرأة والعبد الممنوعين لحق الزوج والمولى إذا أحرما بغير إذن فإن الزوج والمولى أن يحللاهما في الحال بلا شيء : ثم على المرأة أن تبعث بهدي يذبح عنها في الحرم ، وعلى العبد إذا أعتق هدي الإحصار . وعليهما معا قضاء حجة وعمره ، وسند ذكر تمامه إن شاء الله تعالى في المسائل المثورة .

(باب الفوات)

(قوله لقوله عليه الصلاة والسلام : من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليحل بعمره وعليه الحج من قابل)

وهو ما ذكره علي بن الجعد عن أبي يوسف قال : سألت أبا حنيفة عن المحرم يحصر في الحرم فقال : لا يكون محصرا ، فقلت : أليس أن النبي صلى الله عليه وسلم أحصر بالحديبية وهي من الحرم ؟ فقال : إن مكة يومئذ كانت دار الحرب وأما اليوم فهي دار الإسلام فلا يتحقق الإحصار فيها . قال أبو يوسف : وأما أنا فأقول : إذا غلب العدو على مكة حتى حالوا بينه وبين البيت فهو محصر . قال المصنف (والصحيح) من الرواية أن الممنوع عن الوقوف والطواف يكون محصرا باتفاق أصحابنا ، وإذا قدر على أحدهما لا يكون محصرا وهو معنى قوله (ما أعلمتك من التفصيل) والله أعلم .

(باب الفوات)

معنى الإحصار من الفوات نازل منزلة المفرد من المركب ، لأن الإحصار إحرام بلا أداء في الفوات لإحرام وأداء فلا جرم أثر تأخير . (قوله ومن أحرم بالحج وفاته الوقوف) ظاهر .

(باب الفوات)

ولأن الإحرام بعد ما انعقد صحيحا لا طريق للخروج عنه إلا بأداء أحد النسكين كما في الإحرام المبهمة ، وههنا عجز عن الحج فتعين عليه العمرة ولا دم عليه لأن التحلل وقع بأفعال العمرة فكانت في حق فائت الحج بمنزلة الدم في حق المحصر فلا يجمع بينهما (والعمرة لاتفوت وهي جائزة في جميع السنة إلا خمسة أيام يكره فيها فعلها ،

رواه الدارقطني من حديث ابن عمر وابن عباس ، فحديث ابن عمر في سنده رحمة بن مصعب ، قال الدارقطني : ضعيف وقد تفرد به ، ورواه ابن عدي في الكامل وضعفه بمحمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى ، وضعفه عن جماعة . وحديث ابن عباس فيه يحيى بن عيسى النهشلي ضعفه ابن حبان وأسند تضعيفه عن ابن معين . وقال صاحب التنقيح : روى مسلم . واعلم أن الغرض من خصوص هذا المتن الاستدلال على نفي لزوم الدم ، فإن ما سواه من الأحكام المذكورة لا يعلم فيها خلاف . ووجهه أنه شرع في بيان حكم القوات ، وكان المذكور جميع ما له من الحكم وإلنا في الحكمة ، وليس من المذكور لزوم الدم ، فلو كان من حكمه لذكره (قوله كما في الإحرام المبهمة) وهو أن لا يزيد في النية على مجرد الإحرام ثم يلبي فإنه يصح ، ولا يخرج عنه إلا بأداء أحد النسكين ، وله أن يعين ما شاء ما لم يشرع في الطواف ، فإذا شرع قبل التعيين تعينت العمرة ولذا قلنا : لو لم يعين حتى طاف أقل الأشواط ثم أحرم بعمرة رفضها ولزمه حكم الرقص على ما ذكرناه في إضافة الإحرام إلى الإحرام ، لأنه حينئذ صار جامعا بين عمرتين ، وقد أسلفنا في الإحرام المبهمة شيئا في باب الإحرام ، والمراد بالصحيح في قوله لأن الإحرام بعد ما انعقد صحيحا لا يخرجه به العبد والزوجة بغير إذن لا مقابل ما فسد (قوله ولا دم عليه) وقال الحسن بن زياد : عليه الدم كقول الشافعي ومالك رحمهما الله . ولنا فيه ما ذكرنا من الحديث آتقا ، وهو حجة لأن مسلما روى للنهشلي ، وما رواه مالك في الموطأ عن عمر أنه قال لأبي أيوب الأنصاري حين فاته الحج : اصنع كما يصنع المعتمر ثم قد حلت ، فإذا أدركك الحج من قابل فاحجج وأهد ما استيسر من الهدى . وكذا روى عنه أنه قال لهبار ابن الأسود ومن معه حين فاتهم الحج ، وعن ابن عمر مثل ما عن أبيه رضي الله عنهما ، رواه الشافعي عنه فمحمول على التنبه لما قدمنا من الحديث المرفوع أنه صلى الله عليه وسلم لم يأمر به حين بيانه لحكم القوات ، أو لم يعلم فيه

(وقوله ولأن الإحرام بعد ما انعقد صحيحا) أي نافذا لازما لا يرتفع برفع ، فهو احتراز عن إحرام الرقيق بغير إذن المولى ، وإحرام المرأة في التطوع بغير إذن الزوج ، فإن للمولى والزوج أن يحللاهما وليس باحتراز عن الإحرام الفاسد ، كما إذا جامع المحرم قبل الوقوف بعرفة أو أحرم مجامعا فإن حكمه حكم الصحيح . وقوله (لا طريق للخروج عنه إلا بأداء أحد النسكين) منقوض بالمحصر فإن الهدى طريق له للخروج عنه كما تقدم ، وأجيب بأنه بنى الكلام على ما هو الوضع ومثله الإحصار من العوارض ثبت بالنص على خلاف القياس . وقوله (كما في الإحرام المبهمة) أي المبهمة من النسكين الحجية والعمرة بأن أيهم في الإحرام وقال : ليبيك اللهم ليبيك ، ولم يعين حجة ولا عمرة ولم ينو بقلبه شيئا فإنه يصح إحرامه ولا يخرج عنه إلا بأداء أحد النسكين ، لكنه يتعين في المتيقن وهو العمرة لأنها أقل أفعالا وأيسر مثونة (وههنا عجز عن الحج) لقوات ركنه الأعظم (فيتعين عليه العمرة) فكان المناسبة بين الإحرام المبهمة وبين ما نحن فيه الخروج عن الإحرام بأفعال العمرة . وقوله (ولا دم عليه) يعني عندنا خلافا للشافعي رحمه الله فإنه يوجب الدم عليه قياسا على المحصر . وقلنا : التحلل وقع بأفعال العمرة فكانت في حق فائت الحج بمنزلة الدم في حق المحصر فلا يجمع بينهما ، ولا يقاس أحدهما على الآخر لأن كل واحد منهما قادر وعاجز على ما يعجز عنه الآخر وعما يقدر عليه . وقوله (والعمرة لاتفوت) أي لأنها غير مؤقتة (وهي جائزة في جميع السنة) يدل على جوازها في أشهر الحج .

وهي يوم عرفة ، ويوم النحر ، وأيام التشريق) لما روى عن عائشة رضي الله تعالى عنها أنها كانت تكره العمرة في هذه الأيام الخمسة ، ولأن هذه الأيام أيام الحج فكانت متعينة له . وعن أبي يوسف رحمه الله : أنها لا تكره في يوم عرفة قبل الزوال لأن دخول وقت ركن الحج بعد الزوال لا قبله ، والأظهر من المذهب ما ذكرناه ، ولكن مع هذا لو أداها في هذه الأيام صح ويبتى محرماً بها فيها لأن الكراهة لغيرها وهو تعظيم أمر الحج وتخليص وقته له

عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئاً ، وتأييد بما ذكره من المعنى في الكتاب وهو أن العمرة لفات الحجاج جعلت شرعاً شرطاً للتحلل وكانت كالدم في المحصر فلا يجمع بينهما . وقوله لأن التحلل الخ المراد أن لزوم الدم على المحصر لكونه تعجل الإحلال قبل الأعمال ، وهذا قد حل بالأعمال فلا يجب عليه الدم لا ما يتخايل من ظاهر العبارة ليقال عليه مقتضاه أن لا يجب على المحصر عمرة في قضاء الحجة حينئذ (قوله لما روى عن عائشة) أخرج البيهقي عن شعبة عن يزيد الرشك ١ عن معاذة عن عائشة قالت . حلت العمرة في السنة كلها إلا أربعة أيام : يوم عرفة ، ويوم النحر ، ويومان بعد ذلك اهـ . وهو يشير إلى أن الكراهة كراهة تحريم وفي كلام المصنف ما يفيد . وقال الشيخ تقي الدين في الإمام : روى إسماعيل بن عياش عن إبراهيم ونافع عن طاوس قال : قال البحر : يعني ابن عباس : خمسة أيام : يوم عرفة ، ويوم النحر ، والثلاثة أيام التشريق اعتمر قبلها أو بعدها ما شئت اهـ .

هذا وأما أفضل أوقاتها فرمضان . وعن ابن عباس رضي الله عنهما عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال « عمرة في رمضان تعدل حجة » وفي طريق لمسلم « تقضي حجة » أو « حجة معي » وفي رواية لأبي داود « تعدل حجة معي » من غير شك . وكان السلف رحمهم الله يسمونها الحج الأصغر .

هذا وقد قدمنا في أوائل كتاب الحج الوعد بعدد عمراته عليه الصلاة والسلام فنقول : قد اعتمر النبي صلى الله عليه وسلم أربع عمرات كلهن بعد الهجرة ، ولم يعتمر مدة مقامه بمكة بعد النبوة شيئاً ، وذلك ثلاث عشرة سنة وعن هذا ادعى من ادعى أن السنة في العمرة أن تفعل داخلاً إلى مكة لأخارجاً . بأن يخرج المقيم بمكة إلى الحل فيعتمر كما يفعل اليوم وإن لم يكن ذلك ممنوعاً ؛ ثم المراد بالأربعة ، إحرامه بهن ، فأما ما تم له منها فتلات ، ولهذا قال البراء بن عازب : « اعتمر النبي صلى الله عليه وسلم عمرتين قبل أن يحج فلم يحسب بعمرة الحديبية ، كذا في الصحيحين وكلهن في ذى القعدة على ما هو الحق .

[الأولى] عمرة الحديبية سنة ست فصدَّ بها فنحر الهدى بها وحلق هو وأصحابه ورجع إلى المدينة .

[الثانية] عمرة القضاء في العام المقبل ، وهي قضاء عن الحديبية ، هذا مذهب أبي حنيفة ، وذهب مالك إلى

وقد اختلف السلف في ذلك ، وكان عمر ينهى عنها ويقول : الحج في الأشهر والعمرة في غيرها أكمل لحجكم وعمرتكم . والصحيح جوازها بلا كراهة بدليل ما روى البخاري في صحيحه بإسناده إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم « أنه اعتمر في ذى القعدة أربع عمر إلا التي اعتمر مع حجته » . وأما كراهتها في الأيام الخمسة فهي مذهبتنا ، وقال الشافعي رحمه الله : لا تكره ، وما ذكره في الكتاب ظاهر . وقوله (والأظهر من المذهب ما ذكرناه) يعني

(قوله وكان عمر رضي الله عنه ينهى عنها ويقول الخ) أقول : أي يقول بعد التهيؤ .

(١) الرشك : بكسر الراء وسكون المعجمة : الكبير البنية ، ولقب يزيد بن أبي يزيد الضبعي أحسب أهل زمانه ، أفاده القاموس

كتبه مصححه .

أنها مستأنفة لا قضاء عنها ، وتسمية الصحابة وجميع السلف إياها بعمره القضاء ظاهر في خلافه ، وتسمية بعضهم إياها عمرة القضية لا ينفيه ، فإنه اتفق في الأولى مقاضاة النبي صلى الله عليه وسلم أهل مكة على أن يأتي من العام المقبل فيدخل مكة بعمره ويقم بها ثلاثاً ، وهذا الأمر قضية تصح إضافة هذه العمرة إليها ، فإنها عمرة كانت عن تلك القضية فهي قضاء عن تلك القضية فتصح إضافتها إلى كل منهما فلا تستلزم الإضافة إلى القضية نفي القضاء ، والإضافة إلى القضاء يفيد ثبوته فيثبت مفيد ثبوته بلا معارض . وأيضا فالحكم الثابت فيمن شرع في إحرام بنسك فلم يتمه لإحصاء فحل أن يقضى وهذه تحتمل القضاء فوجب حملها عليه ، وعدم نقل أنه عليه الصلاة والسلام أمر اللذين كانوا معه بالقضاء لا يفيد ذلك ، بل المفيد له نقل العدم لا عدم النقل . نعم هو مما يؤنس به في عدم الوقوع لأن الظاهر أنه لو كان لنقل ، لكن ذلك إنما يعتبر لو لم يكن من الثابت ما يوجب القضاء في مثله على العموم فيجب الحكم بعلمهم به وقضائهم من غير تعيين طريق علمهم .

[الثالثة] عمرته التي قرنها مع حجته على ما أسلفنا إثباته من أنه صلى الله عليه وسلم حج قارناً أو التي تمتع بها إلى الحج على قول القائلين بأنه حج متمتعاً ، أو التي اعتمرها في سفره ذلك على قول القائلين بأنه أفرد واعتمر ، ولا عبرة بقول الرابع .

[الرابعة] عمرته من الجعرانة لما خرج صلى الله عليه وسلم إلى حنين ودخل بهذه العمرة إلى مكة ليلاً وخرج منها ليلاً إلى الجعرانة فبات بها ، فلما أصبح وزالت الشمس خرج في بطن سرف حتى جامع في الطريق ، ومن ثمة خفيت هذه العمرة على كثير من الناس . وأما أنهم كلهم في ذى القعدة فلما ثبت عن عائشة وابن عباس رضي الله عنهم « لم يعتمر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا في ذى القعدة » . وأما ما في الصحيحين من حديث أنس رضي الله عنه أنه قال : « اعتمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أربع عمر كلهن في ذى القعدة ، إلا التي مع حجته » : عمرة من الحديبية أو زمن الحديبية في ذى القعدة ، وعمرة من العام المقبل في ذى القعدة ، وعمرة من الجعرانة حيث قسم غنائم حنين في ذى القعدة ، وعمرة مع حجته فلا ينافيه لأن مبدأ عمرة القرآن كان في ذى القعدة وفعلها كان في ذى الحجة فصح طريقا الإثبات والنفي . وأما قول ابن عمر إن النبي صلى الله عليه وسلم اعتمر أربعاً إحداهن في رجب ، فقد قالت عائشة لما بلغها ذلك : يرحم الله أبا عبد الرحمن ما اعتمر رسول الله صلى الله عليه وسلم عمرة قط إلا وهو شاهد ، وما اعتمر في رجب قط . وأما ما رواه الدارقطني عن عائشة « خرجت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في عمرة في رمضان » فقد حكم الحفاظ بغلط هذا الحديث ، إذ لا خلاف أن عمره كلها لم تزد عن أربع ، وقد عينها أنس وعدها وليس فيما ذكر شيء منها في غير ذى القعدة سوى التي مع حجته ، وقد جمع بما ذكرناه من الوجه الصحيح ، فلو كانت له عمرة في رجب وأخرى في رمضان لكانت ستاً ، ولو كانت أخرى في شوال كما هو في سنن أبي داود عن عائشة « أنه عليه الصلاة والسلام اعتمر في شوال كانت سبعا » . والحق في ذلك أن ما أمكن الجمع فيه وجب ارتكابه دفعا للمعارض ، وما لم يمكن الجمع فيه حكم بمقتضى الأصح والأثبت ، وهذا أيضاً يمكن فيه الجمع بإرادة عمرة الجعرانة فإنه خرج إلى حنين في شوال والإحرام بها في ذى القعدة فكان

فيصح الشروع (والعمرة سنة) وقال الشافعي رحمه الله : فريضة لقوله عليه الصلاة والسلام « العمرة فريضة كفريضة الحج » ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « الحج فريضة والعمرة تطوع » ولأنها غير مؤقتة بوقت وتتأدى بنية غيرها كما في فائت الحج ، وهذه أمانة التولية .

مجازا للقرب ، هذا إن صح وحفظ وإلا فالمعول عليه الثابت ، والله أعلم . ولما ثبت أن عمره صلى الله عليه وسلم كانت كلها في ذى القعدة وقع تردد لبعض أهل العلم في أن أفضل أوقات العمرة أشهر الحج أو رمضان ، ففي رمضان ما قدمناه مما يدل على الأفضلية : ولكن فعله لما لم يقع إلا في أشهر الحج كان ظاهرا أنه أفضل إذ لم يكن الله سبحانه وتعالى يختار لنبيه إلا ما هو الأفضل ، أو أن رمضان أفضل بتنصيبه صلى الله عليه وسلم على ذلك . وتركه لذلك لاقرانه بأمر يخصه كاشتغاله بعبادات أخرى في رمضان تبتلا وألا يشق على أمته ، فإنه لو اعتمر فيه لخرجوا معه ولقد كان بهم رحما ، وقد أخبر في بعض العبادات أن تركه لما لثلا يشق عليهم مع محبته له كالقيام في رمضان بهم ومحبته لأن يسقى بنفسه مع سقاة زمزم ثم تركه كي لا يغلبهم الناس على سقائهم ، ولم يعتمر عليه الصلاة والسلام في السنة إلا مرة . وما ظنه بعضهم من حديث في أبي داود عن عائشة رضي الله عنها « أن النبي صلى الله عليه وسلم اعتمر عمرتين عمرة في ذى القعدة وعمرة في شوال » وليس المراد ذكر جميع ما اعتمر عليه الصلاة والسلام للعلم بأنه اعتمر أكثر . فكان المراد ذكر أنه وقع له ذلك في سنة يجب أن يحكم فيه بالغلط ، فإنه قد تظافر قول عائشة وابن عباس وأنس وغيرهم على أنها أربع . ومعلوم أن الأولى كانت في ذى القعدة عام الحديبية سنة ست ، ثم لم يعتمر إلا من قابل سنة سبع سوى التي في ذى القعدة عمرة القضاء ، ثم لم يخرج إلى مكة حتى فتحها سنة ثمان في رمضان ولم يعتمر في دخوله في الفتح ، ثم أخرج إلى حنين في شوال من تلك السنة ثم رجع منها فأحرم بعمرة في ذى القعدة ، فتي اعتمر في شوال ؟ والله سبحانه وتعالى أعلم ، ولا علم إلا ما علم (قوله والعمرة سنة) أي من أتى بها مرة في العمرة فقد أقام السنة غير مقيد بوقت غير ماثبت النهي عنها فيه ، إلا أنها في رمضان أفضل ، هذا إذا أفردا فلا ينافيه أن القرآن أفضل لأن ذلك أمر يرجع إلى الحج لا إلى العمرة . فالخلاصة أن من أراد الإتيان بالعمرة على وجه أفضل فيها ففي رمضان أو الحج على وجه أفضل فيه فبان يقرب معه عمرة (قوله وقال الشافعي رحمه الله : فريضة) وقال محمد بن الفضل من مشايخ بخاري : فرض كفاية ، وقيل هي واجبة . وجه

كراهة العمرة يوم عرفة قبل الزوال وبعده . وقوله (والعمرة سنة) أي سنة مؤكدة . وقوله (ولأنها غير مؤقتة بوقت وتتأدى بنية غيرها كما في فائت الحج وهذه أمانة التولية) استشكل بالإيمان وصلاة الجنائز فإنيهما فرضان وليس بمؤقتين ، وبالصوم فإنه يتأدى بنية غيره وهو فرض . وأجيب بأننا قد قلنا إن كل ما هو غير مؤقت ونعني بذلك ما هو غير مؤقت بوقت معين من أوقات العمر إذا وقع فيه انتفى الفرضية ، والإيمان فرض دائم فلا يرد نقضا وصلاة الجنائز مؤقتة بوقت حضورها ، وإن الكلام فيما يكون غير مؤقت وصوم رمضان ليس كذلك . وأقول : منشأ هذا الاستشكل الذهول عن كلام المصنف ، فإنه جعل مجموع قوله ولأنها غير مؤقتة بوقت وتتأدى بنية غيرها أمانة واحدة ، وأشار إلى ذلك بقوله وهذه أمانة التولية وحينئذ لا يرد عليه ذلك . أما الإيمان فلأنه لا غير

(قوله وصلاة الجنائز مؤقتة الخ) أقول : وإذا استشكل بالجهاد إذا لم يكن التغير عاما لم يكن مذكرا في صلاة الجنائز جوابا كما لا يخفى (قوله وإن الكلام فيما يكون غير مؤقت الخ) أقول : فلا يكون كل واحد منهما أمانة مستقلة .

وتأويل ما رواه أنها مقدره بأعمال كالحج إذ لا تثبت الفرضية مع التعارض في الآثار .

قول الشافعي رحمه الله ما رواه الحاكم في المستدرک والدارقطني عن زيد بن ثابت قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الحج والعمرة فريضة لا يضررك بأيهما بدأت » قال الحاكم : الصحيح عن زيد بن ثابت من قوله اه . وفيه إسماعيل بن مسلم المكي ضعفه . قال البخاري : منكر الحديث . وقال أحمد : حذفنا حديثه ، ورواه البيهقي عن هشام بن حسان عن محمد بن سيرين موقوفاً وهو الصحيح . وأخرج الدارقطني عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه « أن رجلاً قال : يا رسول الله ما الإسلام ؟ قال : أن تشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله ، وأن تقم الصلاة ، وتؤتي الزكاة ، وأن تحج وتعمر » قال الدارقطني : إسناده صحيح . ورواه الحاكم في كتابه المخرّج على صحيح مسلم . قال صاحب التنقيح : الحديث مخرج في الصحيحين ليس فيه وتعمر ، وهذه الزيادة فيها شذوذ ، وفيه أحاديث أخر لم تسلم من ضعف أو عدم دلالة . وأخرج الحاكم أيضاً عن ابن عمر : « ليس أحد من خلق الله تعالى إلا وعليه حجة وعمرة واجبتان على من استطاع إلى ذلك سبيلاً » وعلقه البخاري . وأخرج عن ابن عباس : « الحج والعمرة فريضة على الناس كلهم إلا أهل مكة فإن عمرتهم طوافهم ، فليخرجوا إلى التنعيم ثم ليدخلوها » الحديث ، وقال على شرط مسلم . وقال البيهقي : قال الشافعي رحمه الله في مناظرة : من أنكر عليه القول بوجوب العمرة أشبه بظاهر القرآن لأنه قرنهما بالحج . ولنا ما أخرجه الترمذي عن حجاج بن أرطاة عن محمد ابن المنكدر عن جابر رضي الله عنه قال « سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن العمرة أواجبة هي ؟ قال لا ، وأن تعتمر فهو أفضل » قال الترمذي : حديث حسن صحيح ، هكذا وقع في رواية الكرخي ، ووقع في رواية غيره : حديث حسن لا غير . قيل هو الصحيح ، فإن الحجاج بن أرطاة هذا فيه مقال . وقد ذكرنا في باب القرآن ما فيه وأنه لا ينزل به عن كون حديثه حسناً والحسن حجة اتفاقاً ، وإن قال الدارقطني إن الحجاج بن أرطاة لا يمتنع به فقد اتفقت الرواة عن الترمذي على تحسين حديثه هذا ، وقد رواه ابن جريج عن محمد بن المنكدر عن جابر ، وأخرجه الطبراني في الصغير والدارقطني بطريق آخر عن جابر فيه يحيى بن أيوب وضعفه . وروى عبد الباقي ابن قانع عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الحج جهاد والعمرة تطوع » وهو أيضاً حجة . وقول ابن حزم إنه مرسل رواه معاوية بن إسحاق عن أبي صالح ما هان الحنفى عنه عليه الصلاة والسلام ، وتضعيف عبد الباقي وما هان اعترضه الشيخ تقي الدين في الإمام بأن عبد الباقي بن قانع من كبار الحفاظ وباقي الإسناد ثقات ،

ثمة حتى يتأدى بنيتها إذ هو لا يتنوع إلى فرض ونفل وكذلك صلاة الجنازة ، وأما صوم رمضان فلأنه موثق بوقت معين . وقوله (وتأويل ما رواه) يعني قوله عليه الصلاة والسلام « العمرة فريضة » (أنها مقدره بأعمال كالحج أو لا تثبت الفرضية مع التعارض في الآثار) فإن ما روى يدل على الفرضية وما رويناه على كونها سنة ، وإذا تعارضت الآثار لا تثبت الفرضية لأنها لا تثبت إلا بدليل مقطوع به . فإن قيل : هو ثابت بقوله تعالى - وأتموا الحج والعمرة لله - عطف العمرة على الحج ، والحج فريضة ، وأمر بالإتمام والأمر للوجوب . أجيب بأن القرآن في النظم لا يوجب

(قال المصنف : أو لا تثبت الفرضية مع التعارض في الآثار) أقول : وفي بعض النسخ : إذ لا تثبت ولا يظهر له معنى صحيح ، ومقاله الإتيان في شرحه لتعليل لقوله مقدره بأعمال كالحج ، وهذا لأن الأصل في الدلائل المتعارضة الجمع بينها إذا أمكن اه في غاية السخافة ، فإن عدم ثبوت الفرضية مع التعارض أمر ، وكون الأصل في النصوص المتعارضة الجمع أمر آخر لا يصلح الثاني شرحاً للأول كما لا يخفى على من يتأمل .

قال (وهي الطواف والسعي) وقد ذكرناه في باب التمتع . والله أعلم .

مع أن المرسل حجة عندنا . وإنما كلامنا على التنزيل . قال : وتضعيف ما هان غير صحيح . فقد وثقه ابن معين وروى عنه جماعة مشاهير وذكرهم . وقد روى أيضا من حديث ابن عباس وفي سنده مجاهد . وروى ابن ماجه عن طلحة بن عبيد الله أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « الحج جهاد والعمرة تطوع » وفيه عمر بن قيس . قال في الإمام : متكلم فيه اهـ . وهذا القدر لا يخرج حديثه عن الحسن فلا ينزل عن مطلق الحجية . وأخرج ابن أبي شيبة من حديث أبي أسامة عن سعيد بن أبي عروبة عن أبي معشر عن إبراهيم قال : قال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه : « الحج فريضة والعمرة تطوع » وكفى بعبد الله قدوة . فبعد إرخاء العنان في تحسين حديث الترمذي تعدد طرقه يرفعه إلى درجة الصحيح على ما حققناه . كما أن تعدد طرق الضعيف يرفعه إلى الحسن لضعف الاحتمال بها ، وقد تحقق ذلك فقام ركن المعارضة ، والافتراض لا يثبت مع المعارضة لأن المعارضة تمنع عن إثبات مقتضاه . ولا يخفى أن المراد من قول الشافعي رحمه الله الفرض الظني وهو الوجوب عندنا . ومقتضى ما ذكرناه أن لا يثبت مقتضى ما روينا أيضا للاشتراك في موجب المعارضة . فحاصل التقرير حينئذ تعارض مقتضيات الوجوب والنفل فلا يثبت ويبقى مجرد فعله صلى الله عليه وسلم وأصحابه والتابعين وذلك يوجب السنية فقلنا بها ، والله سبحانه وتعالى أعلم . ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم .

[فروع] وإن استند شيء منها بما تقدم فإني لا أكره تكرارها ، فإن تعدد المواقع يوسع باب الوجدان وهو المقصود . لإحرام فائت الحج حال التحلل بالعسرة لإحرام الحج عند أبي حنيفة ومحمد . وعند أبي يوسف رحمه الله يصير إحرام عمرة ، وعند زفر المفعول أيضا أفعال الحج من الطواف والسعي لأنه حين عجز عن الكل فإنه يتحلل بما يقدر عليه . الثابت شرعا التحلل بعد الوقوف لا قبله . ولا تحلل إلا بطواف بعد فوات وقت الوقوف ، فلو قدم محرم بحجة فطاف وسعى ثم خرج إلى الرتبة ١ مثلا فأحصر بها حتى فاته الحج فعليه أن يحل بعمرة . ولا يكتفيه طواف التحية والسعي في التحلل حتى لو كان قارنا ، والمسئلة بحالها لا يجب عليه قضاء عمرته التي قرنها لأنه أداها . وإن كان قارنا ولم يطف شيئا حتى فاته يطوف الآن لعمرته لأنها لا تنوت ويسعى . ولا يقطع التلبية عندها وإنما يقطعها إذا أخذ في الطواف الذي يتحلل به عن الإحرام في الحج . ومن فاته الحج فكثرت حراما حتى دخلت أشهر الحج من قابل فتحلل بعمرة ثم حج من عامه ذلك لا يكون متمعا . وهذا مما يدل على أن إحرام حجه باق . إذ لو انقلب إحرام عمرة كان متمعا إذ لا يمنع من التمتع تقدم إحرام العمرة على أشهر الحج بعد أن أوقع أفعالها في أشهر الحج ، وليس لهائت الحج أن يحج بذلك الإحرام وإن قلنا ببقائه لإحرام حج ، حتى لو مكث محرما إلى قابل لم يفعل أفعال عمرة التحلل وأراد أن يحج ليس له ذلك لأن موجب إحرام حجه تغير شرعا بالتواتر فلا يترتب عليه غير موجب ، فلا يتمكن أبو يوسف في الاستدلال بهذا على صيرورتها لإحرام عمرة . ولا فرق في وجوب

القران في الحكم ، والأمر إنما هو بالإتمام ، والإتمام إنما يكون بعد الشروع ، ونحن نقول به وإن كانت في الابتداء سنة . وقوله (وهي الطواف والسعي) ظاهر .

(١) الرتبة : بالذال المعجمة بعد الموحدة كما في كتب اللغة ومعجم باقوت ، لا كما وقع في بعض نسخ الفتح من ضبطها بالذال المهملة فليحذر كتبه مصححه .

(باب الحج عن الغير)

الأصل في هذا الباب أن الإنسان له أن يجعل ثواب عمله لغيره صلاة أو صوما أو صدقة أو غيرها عند أهل السنة والجماعة ، لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام « أنه ضحى بكبشين أملحين أحدهما عن نفسه

التحلل بعمره بين كون الفوات حلال الصحة أو بعد ما فسد بالجماع ، ولو فاته الحج فأهل " بأخرى طاف للفائنة وسعى ورفض التي أدخلها ، لأنه قبل التحلل بالعمره جامع بين إحرامى حجتين ، وعليه فيها ما على الرفض ، ولو نوى بهذه التي أهل بها قضاء الفائنة لم يلزمه بهذا الإهلال شيء سوى التي هو فيها لأن إحرامه بعد الفوات باق ، ونية إيجاد ما هو موجود لغو فيتحلل بالطواف والسعى ويقضى الفائت فقط ، فلو كان أهل بعمره رفضها أيضا لأنه جامع بين عمرتين إحراما على قول أبي يوسف وعلا على قولهما . ولو أهل رجل بحجتين فقدم مكة وقد فاته الحج تحلل بعمره واحدة لبعمرتين لأنه بالترك والشروع رفض إحداهما ، والتحلل بالعمره إنما يجب لغير ما رفض وذلك واحدة .

(باب الحج عن الغير)

إدخال اللام على غير غير واقع على وجه الصحة بل هو ملزوم الإضافة ، ولما كان الأصل كون عمل الإنسان لنفسه لا لغيره قديم ما تقدم (قوله أن يجعل ثواب عمله لغيره صلاة أو صوما عند أهل السنة والجماعة) لا يراد به أن الخلاف بيننا وبينهم في أن له ذلك أو ليس له كما هو ظاهره ، بل في أنه ينبغي جعله بالحلل أولا بل يلغو جعله (قوله أو غيرها) كتلاوة القرآن والأذكار (قوله عند أهل السنة والجماعة) ليس المراد أن المخالف لما ذكر خارج عن أهل السنة والجماعة ، فإن مالكا والشافعي رضي الله عنهما لا يقولان بوصول العبادات البدنية المحضة كالصلاة والتلاوة بل غيرها كالصدقة والحج ، بل المراد أن أصحابنا لهم كمال الاتباع والتمسك ما ليس لغيرهم ، فعبّر عنهم باسم أهل السنة فكأنه قال عند أصحابنا غير أن لهم وصفا عبر عنهم به . وخالف في كل العبادات المعترلة وتمسكوا بقوله تعالى - وأن ليس للإنسان إلا ما سعى - وسعى غيره ليس سعيه ، وهي وإن كانت مسوقة قصا لما

(باب الحج عن الغير)

لما كان الأصل في التصرفات أن تقع عن مصدر منه كان الحج عن الغير خليقا بأن يوثق في باب على حدة واعلم أن من صلى أو صام أو تصدق فجعل ثواب ذلك لغيره جاز عند أهل السنة والجماعة . وقال بعض أهل العلم : لا يجوز لقوله تعالى - وأن ليس للإنسان إلا ما سعى - وهذا ليس من سعيه ، ولأن الثواب هو الجنة وليس لأحد تملكها لغيره لأنه ليس بمالك لها . وقلنا : لما جعل سعيه للغير صار سعيه كسعي الغير ، وله ولاية أن يصير ساعيا لغيره وأن يجعل استحقاقه للجنة لغيره . وإذا ظهر هذا فقله (الأصل في هذا أن الإنسان له أن يجعل ثواب عمله) إشارة إلى أن ثواب الحج للأمر يجعل الأمور كذلك ، وأما نفس الحج هل يقع عن الأمر أو عن المأمور فيذكر بعيد هذا ما هو ظاهر الرواية وغيره . وقوله (بكبشين أملحين) يقال كبش أملح فيه ملحة : وهي بياض

(باب الحج عن الغير)

(قوله وقلنا لما جعل سعيه للغير صار سعيه كسعي الغير الخ) أقول : وأنت خبير بأنه لا يسند السعي إلى ذلك الغير إذا سعى أحد له فلم يحصل الجواب .

والآخر عن أمته من أقر بوحدانية الله تعالى وشهد له بالبلاغ جعل تضحية إحدى الشاتين لأتمته . والعبادات أنواع : مالية محضة كالزكاة ، وبدنية محضة كالصلاة . ومركبة منهما كالحج ، والنبابة تجرى فى النوع الأول فى حالتى الاختبار والضرورة

فى صحف إبراهيم وموسى عليهما السلام فحيث لم يتعقب بإنكار كان شريعة لنا على ما عرف . والجواب أنها وإن كانت ظاهرة فيما قالوه لكن يحتمل أنها نسخت أو مقيدة . وقد ثبت ما يوجب المصير إلى ذلك وهو ما رواه المصنف وما فى الصحيحين « أنه صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أملحين أحدهما عن نفسه والآخر عن أمته » . والملحة بياض يشوبه شعرات سود . وفى سنن ابن ماجه بسند عن عائشة وأنى هريرة رضى الله عنهما « أنه صلى الله عليه وسلم كان إذا أراد أن يضحى يشترى كبشين عظيمين سميين أقرنين أملحين موجوعين . فذبح أحدهما عن أمته ممن شهد الله بالوحدانية وله بالبلاغ ، وذبح الآخر عن محمد وآل محمد ، ورواه أحمد والحاكم والطبرانى فى الأوسط عن أبى هريرة رضى الله عنه . وأخرج أبو نعيم فى ترجمة ابن المبارك عنه عن يحيى بن عبد الله عن أبيه سمعت أبا هريرة يقول « ضحى رسول الله صلى الله عليه وسلم بكبشين أقرنين أملحين موجوعين فلما وجههما قال : - إلى وجهت وجهى - الآية . اللهم لك ومنك عن محمد وأتمته ، باسم الله والله أكبر . ثم ذبح » ورواه الحاكم وقال : صحيح على شرط مسلم بنقص فى المتن . ورواه ابن أبى شبة عن جابر « أنه صلى الله عليه وسلم أتى بكبشين أملحين عظيمين أقرنين موجوعين ، فأضجع أحدهما وقال : بسم الله والله أكبر . اللهم عن محمد وآل محمد ، ثم أضجع الآخر وقال : باسم الله والله أكبر ، اللهم عن محمد وأتمته ممن شهد لك بالتوحيد وشهد لى بالبلاغ » وكذا رواه إسحاق وأبو يعلى فى مسنديهما . وروى هذا المعنى من حديث أبى رافع رواه أحمد وإسحاق والطبرانى والبزار والحاكم . ومن حديث حذيفة بن أسيد الغفارى أخرجه الحاكم فى الفضائل . ومن حديث أبى طلحة الأنصارى رواه ابن أبى شبة ومن طريقه : رواه أبو يعلى والطبرانى . ومن حديث أنس بن مالك رواه ابن أبى شبة أيضا والدارقطنى ، فقد روى هذا عن عدة من الصحابة وانتشرت مخرجه . فلا يبعد أن يكون القدر المشترك وهو أنه ضحى عن أمته مشهورا يجوز تقييد الكتاب به بما لم يجعله صاحبه . أو ننظر إليه وإلى ما رواه الدارقطنى « أن رجلا سأله صلى الله عليه وسلم فقال : كان لى أبوان أبرهما حال حياتهما فكيف لى ببرهما بعد موتهما ؟ فقال له صلى الله عليه وسلم : إن من البر بعد الموت أن تصلى لهما مع صلاتك . وتصوم لهما مع صيامك » وإلى ما رواه أيضا عن على بن عبد الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « من مر على المقابر وقرأ - قل هو الله أحد - إحدى عشرة مرة ثم وهب أجرها للأموات أعطى من الأجر بعدد الأموات » وإلى ما عن أنس أنه سأله صلى الله عليه وسلم فقال « يا رسول الله إنا نتصدق عن موتانا ونحج عنهم وندعو لهم فهل يصل ذلك إليهم ؟ قال نعم . إنه يصل إليهم وإنهم ليفرحون به كما يفرح أحدكم بالطبق إذا أهدى إليه » رواه أبو حفص الكبير العكبرى . وعنه صلى الله عليه وسلم « اقرعوا على موتاكم يس » رواه أبو داود . فهذه الآثار وما قبلها وما فى السنة أيضا من نحوها عن كثير قد تركناه لحال الطول يبلغ القدر المشترك بين الكل . وهو أن من جعل شيئا من الصالحات لغيره نفعه الله به مبلغ

يشوبه شعرات سود وهى من لون الملح ، وكلامه واضح . وقوله (فى حالتى الاختيار والضرورة) أى حالة

(قال المصنف : والآخر عن أمته من أقر بوحدانية الله تعالى وشهد له بالبلاغ) أقول : احتراز عن أمة الدعوة .

الحصول المقصود بفعل النائب ، ولا تجرى في النوع الثاني بحال لأن المقصود وهو إتيان النفس لا يحصل به ، وتجري في النوع الثالث عند العجز للمعنى الثاني وهو المشقة بتنقيص المال ، ولا تجرى عند القدرة لعدم إتيان النفس ، والشرط العجز الدائم إلى وقت الموت لأن الحج فرض العمر ، وفي الحج النفل تجوز الإنابة جالة القدرة لأن باب النفل أوسع ، ثم ظاهر المذهب أن الحج يقع عن المحجوج عنه

التواتر ، وكذا ما في كتاب الله تعالى من الأمر بالدعاء للوالدين في قوله تعالى - وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيراً - ومن الإخبار باستغفار الملائكة للمؤمنين قال تعالى - والملائكة يسبحون بحمد ربهم ويستغفرون لمن في الأرض - وقال تعالى في آية أخرى - الذين يحملون العرش ومن حوله يسبحون بحمد ربهم ويؤمنون به ويستغفرون للذين آمنوا - وساق عبارتهم - ربنا وسعت كل شيء رحمة وعلما فاغفر للذين تابوا واتبعوا سبيلك - إلى قوله - وقهم السبائح - قطعي في حصول الانتفاع بعمل الغير فيخالف ظاهر الآية التي استدلوا بها ، إذ ظاهرها أنه لا ينفع استغفار أحد لأحد بوجه من الوجوه لأنه ليس من سعيه فلا يكون له منه شيء فقطعنا بانتفاء إرادة ظاهرها على صرافته فتتقيد بما لم يبه العامل وهو أولى من النسخ ، أما أولا فلا أنه أسهل إذ لم يبطل بعد الإرادة ، وأما ثانيا فلا أنها من قبيل الإخبارات ولا يجرى النسخ في الخبر ، وما يتوهم جوابا من أنه تعالى أخبر في شريعة إبراهيم وموسى عليهما السلام أن لا يجعل الثواب لغير العامل ثم جعله لمن بعدهم من أهل شريعتنا حقيقة مرجعه إلى تقيد الإخبار لا إلى النسخ إذ حقيقته أن يراد المعنى ثم ترفع إرادته ، وهذا تخصيص بالإرادة بالنسبة إلى أهل تلك الشرائع ولم يقع نسخ لهم ، ولم يرد الإخبار أيضا في حقنا ثم نسخ . وأما جعل اللام في الإنسان بمعنى على فبعيد من ظاهرها ومن سياق الآية أيضا ، فإنها وعظ للمنى تولى وأعطى قليلا وأكدى ، وقد ثبت في ضمن إبطالنا لقول المعزلة انتفاء قول الشافعي ومالك رحمهما الله في العبادات البدنية بما في الآثار ، والله سبحانه هو الموفق (قوله لحصول المقصود)

الصحة والمرض (لحصول المقصود) وهي إيصال النفع إلى الفقراء . وقوله (لا يحصل به) أى بفعل النائب . وقوله (وهى المشقة بتنقيص المال) يعنى أن المرء كما تلحقه المشقة عند فعله بنفسه تلحقه أيضا عند فعل غيره إذا كان بماله (والشرط العجز الدائم إلى وقت الموت لأن الحج فرض العمر) وما هو كذلك لا يتعين بوقت معين ، وكلتا المقدمتين ظاهرة ، فالحج لا يتعين بوقت معين ، فإن لم يكن العجز دائما وقد أحج عن نفسه ثم زال عنه العجز كان قادرا على أصله في وقته وذلك يبطل النيابة . فإن قيل : القدرة على الأصل تبطل الخلف قبل حصول المقصود بالخلف وقد حصل المقصود بالخلف وهو حصول المشقة بتنقيص المال . فالجواب أنا لم نسلك في هذه المسئلة مسلك الأصل والخلف . وإنما قلنا بأن الحج مركب من أمرين : أحدهما يحتمل النيابة والآخر لا يحتملها ، فعملنا بأحدهما عند القدرة فلم نجوز النيابة وبالأخر عند العجز فنجوزناها ، لكن شرطنا لكونه وظيفة العمر أن يكون العجز دائما لما مر . واعترض بأن كونه وظيفة العمر لا يصلح دليلا على اشتراط العجز الدائم لتخلفه عنه فإنه شرط لجواز الفانى عن الصوم والصوم ليس وظيفة العمر . والجواب أن الدليل يستلزم المدلول ولا ينعكس ، فكل ما كان وظيفة العمر يشترط فيه العجز الدائم ، ولا يلزم أن كل ما يشترط فيه العجز الدائم

(قوله فالجواب أنا لم نسلك في هذه المسئلة مسلك الأصل والخلف) أقول : مسلك الأمل والخلف طريق مسلك للأصحاب إذا سلك هنا فاه وجه سد الباب ؟ (قوله لا يصلح دليلا على اشتراط العجز الدائم لتخلفه عنه فإنه شرط لجواز الفانى) أقول : ضمير فإنه راجع إلى العجز (قوله والجواب أن الدليل يستلزم المدلول الخ) أقول : أى نوعه .

وبذلك تشهد الأخبار الواردة في الباب كحديث الخثعمية فإنه صلى الله عليه وسلم قال فيه «حجى عن أبيك واعتمرى» وعن محمد رحمه الله: أن الحج يقع عن الحاج، وللأمر ثواب النفقة لأنه عبادة بدنية، وعند العجز أقيم

المقصود الأصلي من التكليف الابتلاء ليظهر من المكلف ماسبق العلم الأزلى بوقوعه منه من الامتثال بالصبر على ما أمر به تاركاً هوى نفسه لإقامة أمر ربه سبحانه وتعالى فيثاب. أو المخالفة فيعني عنه، أو يعاقب فتتحقق بذلك آثار صفاته تعالى - فإنه تعالى اقتضت حكمته الباهرة وكمال فضله وإحسانه أن لا يعذب بما علم أنه سيقع من المخالفة قبل ظهوره عن اختيار المكلف. ثم من التكليف العبادات وهى بدنية ومالية ومركبة منهما، والمشقة فى البدنية تقيد الجوارح والنفس بالأفعال الخصوصية فى مقام الخدمة. وفى المالية فى تنقيص المال المحبوب للنفس، وفيها مقصود آخر وهو سدّ خلة المحتاج، والمشقة فيها ليس به بل بالتنقيص فكل ماتضمن المشقة لا يخرج عن عهده إلا بفعله بنفسه إذ بذلك يتحقق مقصود الابتلاء والاختبار فلذا لم تجز النيابة فى البدنية لأن فعل غيره لا يتحقق به الإشفاق على نفسه بمخالفة هواها بالصبر عليه. وأما المالية فما فيه المشقة من أحد مقصود بها وهو تنقيص المال بإخراجه لم تجز فيه النيابة ولا يقوم به غيره إذ لا بد من إذنه. والواقع من النائب ليس إلا المناولة للفقير، وبه يحصل المقصود الآخر الذى هو من حيث هو لا مشقة به على المالك. وعلى هذا كان مقتضى القياس أن لا تجرى النيابة فى الحج لتضمنه المشقتين البدنية والمالية، والأولى لم تقم بالأمر لكنه تعالى رخص فى إسقاطه بتحمل المشقة الأخرى: أعنى إخراج المال عند العجز المستمر إلى الموت رحمة وفضلاً، وذلك بأن يدفع نفقة الحج إلى من يحج عنه، بخلاف حال القدرة فإنه لم يعذره لأن تركه فيها ليس إلا لجرد إثارة راحة نفسه على أمر ربه، وهو بهذا يستحق العقاب لا التخفيف فى طريق الإسقاط وإنما شرط دوامه إلى الموت لأن الحج فرض العمر، فحيث تعلق به خطابه لقيام الشروط وجب عليه أن يقوم هو بنفسه فى أول أعوام الإمكان، فإذا لم يفعل أثم وتقرر القيام بها بنفسه فى ذمته فى مدة عمره وإن كان غير متصف بالشروط، فإذا عجز عن ذلك بعينه وهو أن يعجز عنه فى مدة عمره رخص له الاستئابة رحمة وفضلاً منه، فحيث قدر عليه وقتاً ما من عمره بعد ما استئاب فيه لعجزه لحقه

تكون وظيفة العمر. وقوله (وفى الحج النفل تجوز الإنابة) ظاهر (ثم ظاهر المذهب أن الحج يقع عن المحجوج عنه) يعنى الأمر (وبذلك تشهد الأخبار الواردة فى هذا الباب) فإنه صلى الله عليه وسلم قال للختعمية حين قالت «إن أبى شيخ كبير لا يستطيع أن يستمسك على الرحلة أفجزئى أن أحج عنه؟ قال: نعم حجى عن أبيك واعتمرى» وعن محمد أن الحج يقع عن الحاج (يعنى المأمور) وللأمر ثواب النفقة (وصار إنفاق المأمور

(قوله فإنه صلى الله عليه وسلم قال للختعمية إلى قوله: حجى عن أبيك) أقول: قوله حجى عن أبيك واعتمرى مقول قول النبى صلى الله عليه وسلم (قال المصنف: ثم ظاهر المذهب أن الحج يقع عن المحجوج عنه الخ) أقول: قال الإمام الترمذى فى شرح الجامع الصغير: قال السرخسى هذه المسئلة تدل على أن الصحيح من المذهب فيمن يحج عن غيره أن أصل الحج يكون عن المحجوج عنه، ولا يسقط به فرض الحج عن الحاج. وعن محمد للحجوج عنه ثواب النفقة، فأما الحج يكون عن الحاج، وفى التفريق عن أبى حنيفة وأبى يوسف رجما الله مثله، ولفظ الكتاب يوهم خلافه. وفى الكفاية ظاهر رواية الأصل أن الحج عن المحجوج عنه، وفى شرح بكر عن الحاج على قول عليهما. وقال الشافعى عن الأمر. وفى زيادات برهان قيل عن المحجوج عنه، وإليه مال المرعى رحمه الله، وقيل عن الحاج وإليه مال بكر، ولكن لا يسقط عنه فرض الحج فيكون نفلاً منه لأن فرض الحج لا يتأدى إلا بنية الفرض أو بمطلق النية ولم توجد وإنما وجدت النية عن الأمر. قال الشارح أكل الدين: قال شيخ الإسلام: إلى هذا القول مال عامة المتأخرين اه. وقال العلامة الزيلعى: والصحيح الأول، ولهذا لا يسقط به الفرض عن المأمور وهو الحاج اه.

ظهر انتفاء شرط الرخصة ، فلذا لو أحج عنه غيره لمرض يرجى زواله أولا ، أو كان محبوسا كان أمره مراعى إن استمر بذلك المانع حتى مات ظهر أنه وقع مجزيا ، وإن عوفي أو خلص من السجن ظهر أنه لم يقع مجزيا وظهر وجوب المباشرة بنفسه ، ولو أحج صحيح غيره ثم عجز لا يجزئ ، كذا في فتاوى قاضيخان وهو الصحيح لأنه أذن قبل وجود سبب الرخصة . ولا يتخايل خلاف هذا مما في الفتاوى أيضا ، قال : إذا قال رجل لله على ثلاثون حجة فأحج عنه ثلاثين نفسا في سنة واحدة ، إن مات قبل أن يمضي وقت الحج جاز عن الكل لأنه لم تعرف قدرته بنفسه عند مجيء وقت الحج فجاز ، وإن جاء وقت الحج وهو يقدر بطلت حجة لأنه يقدر بنفسه عليها فانهدم شرط صحة الإحجاج في هذه السنة . وعلى هذا كل سنة تجب وفيها المرأة إذا لم تجد محرما لا تخرج إلى الحج إلى أن تبلغ الوقت الذي تعجز عن الحج فيه فحينئذ تبعث من يحج عنها ، أما قبل ذلك فلا يجوز لتوهم وجود المحرم ، فإن بعثت رجلا إن دام عدم وجود المحرم إلى أن ماتت فذلك جائز كالمرضى إذا أحج عنه رجلا ودام المرض إلى أن مات . واعلم أن ماتقدم في أول كتاب الحج من كون شرط الإحجاج عن الفريضة مجيء الوقت وهو قادر فلا يحج حتى يعرض المانع ويدوم إلى الموت ، فلو أوصى قبل الوقت فوات لا يصح . وقدمنا من اختلاف زفر ويعقوب في نصراني أسلم أو صبي بلغ فوات قبل إدراك الوقت وأوصيا بحجة الإسلام أن الوصية باطلة على قول زفر لما قلنا ، وجائزة على قول أبي يوسف لأن السبب تقرر في حقهما والوقت شرط الأداء ، وفيه نظر أولا في كونه شرط الأداء بل هو شرط الوجوب . والسبب وإن كان هو البيت لكن الموصى به ليس مطلق الحج ليلزم الورثة إن وسع الثلث بل الحج الفرض وقد تحققنا عدمه عليهما إلى أن ماتا ، فقول زفر أنظر . وفي البدائع : لو كان فقيرا صحيح البدن لا يجوز حج غيره عنه لأن المال شرط الوجوب ، فإذا لا مال لا وجوب فلا ينوب عنه غيره في أداء الواجب ولا واجب حينئذ ، وهذا يؤيد ما ذكرناه ، والله سبحانه أعلم . أما الحج النقل فلا يشترط فيه العجز لأنه لم يجب عليه واحدة من المشقتين ، فإذا كان له تركهما كان له أن يتحمل إحداهما تقربا إلى ربه عز وجل فله الاستنابة فيه صحيحا . ثم إن وجوب الإيصاء إنما يثبت ابتداء إذا كان صحيح البدن عند أبي حنيفة رحمه الله ، فمن لم يكن صحيحه لم يتعلق به فلا يجب عليه الإحجاج . وعندهما إذا كان له مال يتعلق به وإن كان زنا أو مغلوجا على ماسلف من أن من الشرائط عنده صحة الجوارح خلافا لهما ، وأسلفنا في أول كتاب الحج أن قولهما رواية الحسن عنهما أنها أوجه وذكرنا الوجه ثمة فليراجع . ثم اختلف في أن نفس الحج يقع عن الأمر أو عن المأمور . فعن محمد عن المأمور بناء على أنه أقيم الإتفاق على الحاج مقام نفس الفعل شرعا كالشيخ الفاني حيث أقيم الإطعام في حقه مقام الصوم ، قالوا : إن بعض الفروع ظاهرة في هذا وسيأتي وعليه جمع من المتأخرين صدر الإسلام والإسبيجاني وقاضيخان ، حتى نسب شيخ الإسلام هذا لأصحابنا فقال على قول أصحابنا : أصل الحج عن المأمور . ومختار شمس الأئمة السرخسي وجمع من المحققين أنه يقع عن الأمر وهو ظاهر المذهب ، ويشهد بذلك الآثار من السنة ومن المذهب بعض الفروع . فمن الآثار حديث الخثعمية . وهو « أن امرأة من خثعم قالت : يا رسول الله إن فريضة الله في الحج على عباده أدركت أبي شيخا كبيرا لا يثبت على الراحلة أفأحج عنه ؟ قال نعم » متفق عليه ،

كل اتفاق الأمر بنفسه ، ولكن يسقط أصل الحج عن الأمر لأنه عبادة بدنية حصل العجز عن فعله ، وكل ما كان كذلك قام الإتفاق فيه مقام الفعل كما في الشيخ الفاني ، فإنه لما عجز عن الصوم قامت القدية مقام الصوم .

فقد أطلق على فعلها الحج كونه عنه ، وكذا قوله للرجل « حج عن أبيك واعتمر » رواه أبو داود والنسائي والترمذي وصححه . وأما الفروع فإن المأمور لا يسقط عنه حجة الإسلام بهذه الحجة ، فلو كانت عنه لسقطت ، إذ الفرض أن حجة الإسلام تتأدى بإطلاق النية وتلغو الجهة على ذلك التقدير ، وفيه تأمل . ولم يستدل في البدائع بعد حديث الخثعمية سوى باحتياج النائب إلى إسناد الحج إلى المحجوج عنه في النية ، ولو لم يقع نفس الحج عن الأمر لم يحتج إلى نيته . واعلم أن شرط الإجزاء كون أكثر النفقة من مال الأمر ، والقياس كون الكل من ماله إلا أن في التزام ذلك حرجا بينا لأن الإنسان لا يستصحب المال ليلا ونهارا في كل حركة ، وقد يحتاج إلى شربة ماء وكسرة خبز في بغنة فأسقطنا اعتبار القليل استحسانا واعتبرنا الأكثر إذ له حكم الكل ، فإن أنفق الأكثر أو الكل من مال نفسه وفي المال المدفوع إليه وفاء لحجه رجع به فيه ، إذ قد يتلى بالإتفاق في مال نفسه لبغنة الحاجة ولا يكون المال حاضر فيجوز ذلك ، كالوصي والوكيل يشترى لليتيم ويعطي الثمن من مال نفسه ثم يرجع به في مال اليتيم ، وحينئذ لا يشكل ما في الكافي للحاكم الشهيد لو قال : أحجوا فلانا حجة ولم يقل عني ولم يسم كم يعطى ؟ قال : يعطى قدر ما يحج به ، وله أن لا يحج به إذا أخذه ويصرفه إلى حاجة أخرى . قال في المبسوط لأنه لما أمر بذلك إنما جعل الحج عيارا لما أوصى له به من المال ، ثم أشار عليه أن يحج به عن نفسه فكانت الوصية صحيحة ومشورته غير ملزمة ، فإن شاء حج وإن شاء لم يحج اه . والحاصل أنه إنما أوصى له بمال يبلغ أن يحج به . وفي غريب الرواية للسيد الإمام ابن شجاع : رجل أوصى بأن يحج عنه فحج عنه ابنه ليرجع في التركة ، فإنه يجوز كالدين إذا قضاه من مال نفسه . ولو حج على أن لا يرجع لا يجوز عن الميت ، ويتخايل خلافه . في عيون المسائل قال : إذا أوصى أن يحج عنه بعض ورثته فأجاز سائر الورثة وهم كبار جاز ، وإن كانوا صغارا أو غيبا كبارا لم يجز لأن هذا يشبه الوصية للوارث بالنفقة فلا تجوز إلا بإجازة الورثة اه فيحمل الأول على ما إذا أمره باقي الورثة بذلك . والنفقة المشروطة ماتكفيه لذهابه وإيابه لأنه في ذلك عامل للميت . ولو توطن مكة بعد الفراغ خمسة عشر يوما بطلت نفقته في مال الميت لأنه توطن حينئذ لحاجة نفسه ، بخلاف ما إذا أقام أقل فإنه مسافر على حاله . وقال بعض المشايخ : إذا أقام أكثر من ثلاث فهي في مال نفسه لتحقق الحاجة إلى الثلاث للاستراحة لا للأكثر قالوا : هذا في زمانهم ، إذ كان يقدر على الخروج متى شاء ، أما في زماننا فلا إجماع الناس ، فعلى هذا إذا كان مقامه بمكة أو غيرها لا ينتظر قافلته فنفقته في مال الميت وإن كان أكثر من خمسة عشر يوما لأنه لا يقدر على الخروج إلا معهم فلم يكن متوطنا لحاجة نفسه ، فإن أقام بعد خروجها فنفقته في مال نفسه ، فإن بدا له بعد ذلك أن يرجع رجعت نفقته في مال الميت لأنه كان استحق نفقة الرجوع في مال الميت ، فهو كالناشئة إذا عادت إلى المنزل ، والمضارب إذا أقام في بلدته أو بلدة أخرى خمسة عشر يوما لحاجة نفسه لم ينفق من مال المضاربة ، فإن خرج مسافرا بعد ذلك عادت فيه . وقد روى عن أبي يوسف أنه لا تعود نفقته في مال الميت لأنه في الرجوع عامل لنفسه لا للميت ، لكننا قلنا : إن أصل سفره كان للميت فما بقي ذلك السفر بقيت النفقة كذا في المبسوط . وذكر غير واحد مرج غير ذكر خلاف أنه إن نوى الإقامة خمسة عشر يوما سقطت ، فإن عادت ، وإن توطنها سواء قل أو كثر لا تعود . وهذا يفيد أن التوطن غير مجرد نية الإقامة خمسة عشر يوما . والظاهر أن معناه أن يتخذها وطنا ،

فإن قيل : القدية ثبت بالنص على خلاف القياس فلا يقاس عليها غيرها . فالجواب أنه ملحق بها بطريق الدلالة ، فإن

ولا يحد في ذلك حدا فتسقط النفقة . ثم العود إنشاء سفر لحاجة نفسه ولو بعد يومين فلا يستحق به النفقة على الميت ، والله سبحانه أعلم . وصرح في البدائع بعد نقل الرواية عن أبي يوسف فقال : وهذا إذا لم يتخذ مكة دارا فأما إذا اتخذها دارا ثم عاد لا تعود النفقة بلا خلاف ، ولو كان أقام بها أياما من غير نية الإقامة قالوا : إن كانت إقامة معتادة لم تسقط ، وإن زاد على المعتاد سقطت ، ولو تعجل إلى مكة فهي في مال نفسه إلى أن يدخل عشر ذي الحجة فتصير في مال الأمر ، ولو سلك طريقا أبعد من المعتاد إن كان مما يسلكه الناس في مال الأمر وإلا ففي مال نفسه . ومادام مشغولا بالعمرة بعد الحج فنفقته في مال نفسه لأنه عامل لنفسه ، فإذا فرغ عادت في مال الميت ، ولو كان بدأ بالعمرة لنفسه ثم حج عن الميت قالوا : يضمن جميع النفقة لأنه خالف الأمر ، وسند ذكر ذلك إن شاء الله تعالى . في فتاوى قاضيخان : لو ضاعت النفقة بمكة أو بقرب منها أو لم تبق : يعني فنيت فأنفق من مال نفسه كان له أن يرجع في مال الميت وإن فعاه بغير قضاء . لأنه لما أمره بالحج فقد أمره بأن ينفق عنه ، ثم ذكر بعده بأسطر إذا قطع الطريق على المأمور وقد أنفق بعض المال في الطريق فحج وأنفق من مال نفسه يكون متبرعا فلا يسقط الحج عن الميت لأن سقوطه بطريق التسبب بإتفاق المال في كل الطريق ، ولا فرق في ذلك بين الصورتين سوى أنه قيد الأولى بكون ذلك الضياع بمكة أو قريبا منها ، لكن المعنى الذي علل به يوجب اتفاق الصورتين في الحكم وهو أن ثبت له الرجوع ، فإن لم يرجع وتبرع به ، إن كان الأقل جاز وإلا فهو ضامن لماله ، والمراد بالنفقة ما يحتاج إليه من طعام ومنه اللحم وشرابه وثيابه وركوبه وثيابه وإحرامه ، وليس له أن يدعو أحدا إلى طعامه ولا يتصدق به ولا يقرض أحدا ولا يصرف الدراهم بالدنانير إلا للحاجة تدعو إلى ذلك ، ولا يشتري منها ماء الوضوء بل يقيم ولا يدخل الحمام . وفي فتاوى قاضيخان : له أن يدخلها بالمتعارف : يعني من الزمان ، ويعطى أجرة الحارس من مال الأمر ، وإه أن يخلط دراهم النفقة مع الرفقة ويودع المال . واختلف في شراء دهن السراج والادّهان ، قيل لا ، وقيل يشتري دهنًا يدهن به لإحرامه وزيتا للاستصباح ، ولا يتداوى منه ولا يحتجم ولا يعطى أجرة الحلاق إلا أن يوسع عليه الميت أو الوارث . وقياس ما في الفتاوى أن يعطى أجرة الحلاق ولا ينفق على من يخدمه إلا إذا كان ممن لا يخدم نفسه ، وله أن يشتري دابة يركبها ومحملا وقربة وإداوة وسائر الآلات ومهما فبطل من الزاد والأمتعة يردّه على الورثة أو الوصى إلا أن يتبرع به الوارث أو أوصى له به الميت ، وهذا لأن النفقة لا تصير ملكا للحاج بالإحجاج وإنما ينفق في ذهابه وإيابه على حكم ملك الميت ، لأنه لو ملكه لكان بالاستئجار ، ولا يجوز الاستئجار على الطاعات . وعن هذا قلنا : لو أوصى أن يحج عنه ولم يزد على ذلك كان لأوصى أن يحج عنه بنفسه ، إلا أن يكون وارثا أو دفعه إلى وارث ليحج فإنه لا يجوز إلا أن يحج الورثة وهم كبار . لأن هذا كالتبرع بالمال فلا يصح للوارث إلا بإجازة الباقي . ولو قال الميت للوصى : ادفع المال لمن يحج عني لم يحج له أن يحج بنفسه مطلقا . وإذا علم هذا فما في فتاوى قاضيخان من قوله : إذا استأجر المحبوس رجلا ليحج عنه حجة الإسلام جازت الحجة عن المحبوس إذا مات في الحبس وللأجير أجرة مثله مشكل ، لاجرم أن الذي في الكافي للحاكم الشهيد أبي الفضل في هذه المسئلة قال : وله نفقة مثله هي العبارة المحررة ، وزاد ليضاحها في المبسوط فقال : وهذه النفقة ليس يستحقها بطريق العوض بل بطريق الكفاية لأنه فرغ نفسه لعمل ينتفع المستأجر

الإنتاق إذا قام مقام الصوم وهو عبادة بدنية محضة فلأن يقوم مقام ما هو مركب من البدني والمالي أولى . قال

الإلتفاف مقامه كالفدية في باب الصوم. قال (ومن أمره رجلان بأن يحج عن كل واحد منهما حجة فأهل بحجة
عنهما فهي عن الحاج ويضمن النفقة)

به ، هذا وإنما جاز الحج عنه لأنه لما بطلت الإجارة بقي الأمر بالحج فيكون له نفقة مثله . وإذا أراد أن يكون
مافضل للمأمور من الثياب والنفقة يقول له : وكلتك أن تهب الفضل من نفسك وتقضيه لنفسك ، فإن كان على
موت قال : والباقي مني لك وصية . وفي الفتاوى : لو حج المأمور بالحج ماشيا وأمسك مئونة الكراء كان ضامنا
مال الميت والحج لنفسه لانصراف الأمر بالحج إلى المتعارف وهو بالزاد والراحلة . ولو أوصى أن يعطى بعيره هذا
إلى رجل يحج عنه فأكره الرجل وأنفق الكراء على نفسه في الطريق وحج ماشيا جاز عن الميت استحسانا هو
المختار لأنه ملك أن يبيعه ويحج بثمنه فكذا يملك أن يؤجره ، ولأنه لو لم يملك ذلك كانت الأجرة له ولا يضمن
كالغاصب ، ويقع الحج عن المأمور فيتضرر الميت به فوجب أن يملك الإجارة نظرا للميت ثم يؤدي البعير إلى
الورثة لأنه ملك مورثهم . قال أبو الليث في النوازل : وعندى أن الحج عن نفسه ويضمن نقصان البعير إلا أن
يكون الميت فوّض إليه ذلك ؛ ألا ترى أن رجلا لو كل رجلا بأن يبيع بعيره بمائة فأجره بمائة لا يجوز فكذا هذا .
ولو أوصى أن يحج عنه فلان فأت فلان أحجوا عنه غيره . ولو اختلف المأمور والوارث أو الوصى فقال وقد
أنفق من مال الميت منعت من الحج وكذبه الآخر لا يصدق ويضمن ، إلا أن يكون أمرا ظاهرا يشهد على صدقه
لأن سبب الضمان قد طهر فلا يصدق في دفعه إلا بأمر ظاهر يدل على صدقه . ولو اختلفا فقال حججت وكذبه
الآخر كان القول للمأمور مع يمينه لأنه يدعى الخروج عن عهدة ما هو أمانة في يده ، ولا تقبل بينة الوارث أو
الوصى أنه كان يوم النحر بالبلد إلا أن يقيم على إقراره أنه لم يحج . نظيره : قال المودع دفعها إليك بمكة وأقام ربّ
الوديعة البينة أنه كان في اليوم الذي ادعى فيه الدفع بمكة بالكوفة لم تجز هذه الشهادة ، بخلاف ما إذا أقامها على
إقراره أنه كان بالكوفة . أما لو كان الحاج مديونا للميت وأمره أن يحج بماله الذي عليه وباقي المسئلة بحالها فإنه
لا يصدق إلا ببينة لأنه يدعى قضاء الدين . وفي خزائن الأكل : القول له مع يمينه ، إلا أن يكون للورثة مطالب بدين
الميت فإنه لا يصدق في حق غريم الميت إلا بالحجة . وفي فتاوى أهل سمرقند : أوصى رجلا أن يحج عنه ولم يقدر
فيه شيئا والوصى إن أعطى للحاج في محمل احتاج إلى ألف ومائتين أو راكبا لا في محمل يكفيه الأقل والأكثر
يخرج من الثلث يجب الأقل لأنه المتيقن . ولو مرض الحاج عن غيره فليس له أن يدفع المال إلى غيره ليحج به ،
إلا إذا قال له الدافع اصنع ما شئت ، فهذه فوائد مهمة لا يستغنى عنها قدمناها أمام ما في الكتاب تنميا أو تكميلا
لفائدته . ولزج إلى الشرح (قوله ومن أمره رجلان الخ) صور الإبهام هنا أربعة : أن يهل بحجة عنهما ، أو
عن أحدهما على الإبهام ، أو يهل بحجة من غير تعيين للمحجوج عنه ، أو يحرم عن أحدهما بعينه بلا تعيين لما
أحرم به . ففي الأولى قال هي عن الحاج ويضمن النفقة . وفي الثانية قال إن مضى على ذلك الخ . وحاصله أنه
مالم يشرع في الأعمال فالأمر موقوف لم ينصرف الإحرام إلى نفسه ولا إلى واحد من الأمرين ، فإن عين أحدهما قبل
الوقوف انصرف إليه وإلا انصرف إلى نفسه ويضمن النفقة . وفي الثالثة قال في الكافي : لا نص فيه ، وينبغي أن

شيخ الإسلام : وإلى هذا القول مال عامة المتأخرين . قال (ومن أمره رجلان) صورة المسئلة ظاهرة ، وذهب
الشارحون إلى أن الدليل غير مطابق للمدلول لأن المدلول قوله (فهي) أي الحجة (عن الحاج ويضمن النفقة)

لأن الحج يقع عن الأمر حتى لا يخرج الحاج عن حجة الإسلام ، وكل واحد منهما أمره أن يخلص الحج له من غير اشتراك ، ولا يمكن إيقاعه عن أحدهما لعدم الأولوية فيقع عن المأمور ، ولا يمكنه أن يجعله عن أحدهما بعد ذلك ، بخلاف ما إذا حج عن أبويه فإن له أن يجعله عن أيهما شاء لأنه متبرع بجعل ثواب عمله لأحدهما أو لهما فيبقى على خياره بعد وقوعه سببا لثوابه ، وهنا يفعل بحكم الأمر ، وقد خالف أمرهما فيقع عنه . ويضمن النفقة إن أتفق من مالهما لأنه صرف نفقة الأمر إلى حج نفسه ،

يصح التعيين هنا إجماعا لعدم المخالفة . وفي الرابعة يجوز بلا خلاف . ومبنى الأجوبة على أنه إذا وقع عن نفس المأمور لا يتحول بعد ذلك إلى الأمر . وأنه بعد ماصرف نفقة الأمر إلى نفسه ذاهبا إلى الوجه الذي أخذ النفقة له لا ينصرف الإحرام إلى نفسه إلا إذا تحققت المخالفة أو عجز شرعا عن التعيين . إذا عرفنا هذا فلا إشكال في تحقق المخالفة إذا أحرم بحجة واحدة عنهما وهو غنى عن الإطنا ب . وما يتخايل من جعل الحجة الواحدة عن أبويه مضمحل بأن الكلام فيما إذا كان مأمورا بفعل بحكم الأمر على وزانه لا فيما إذا حج متبرعا فلا يتحقق الخلاف في تركه تعيين أحدهما في الابتداء فيحتمل التعيين في الانتهاء لأن حقيقته جعل الثواب ونقول : لو أمره كل

ودليله لأن الحج يقع عن الأمر ولا مطابقة بينهما كما ترى . ثم قال صاحب النهاية : ولكن هذا التعليل تعليل حكيم غير مذكور ، وتقدير الكلام : ويضمن النفقة لأنه خالفهما ، وإنما لا يضمن النفقة إذا وافق أمر الأمر (لأن الحج) جئنا (يقع عن الأمر حتى لا يخرج الحاج عن حجة الإسلام) وههنا قد خالف فلا يقع الحج عن الأمر بل يقع عن المأمور ، فكان هذا التعليل تعليلا لما إذا وقع الحج عن الأمر وهو في صورة عدم مخالفة المأمور للأمر ، وتابعه على ذلك بعض الشارحين ، ولا إخال ذلك مقصود المصنف لأنه قال بعد هذا (ويضمن النفقة إن أتفق من مالهما لأنه صرف نفقة الأمر إلى حج نفسه) فلو كان ذلك مراده كان هذا مستدركا . وقال بعضهم : زل فيه أقدام الشارحين حيث لم يفهموا كلام المصنف وقالوا : لا مطابقة بين الدليل والمداول ، ولا يوافق التعليل المدعى ، ونقل تقرير الكلام كما قلنا ثم قال : فأقول ليس الأمر كما ظنوا ولو سكتوا في هذا الموضوع لكان أولى ، بل المطابقة حاصلة بين الدليل والمداول بأن يقال هي عن الحاج : أي الحجة تقع عن الحاج وهو المأمور ، ويضمن النفقة لكل واحد منهما إن أتفق من مالهما لأن الحج المؤدى في هذه يقع عن الأمر من وجه بدليل أن الحاج لا يخرج عن حجة الإسلام ، ولكن كل واحد من الأمرين أمر بأن يخلص له الحج ولم يأمر بالاشتراك ، فلما نوى عنهما جميعا خالف الأمر فوقع الحج عن الحاج وضمن النفقة لوجود المخالفة هذا كلامه ولا أزيد على الحكاية فليتأمل فيه : وأقول بتوفيق الله تعالى : في تقرير كلامه الحج يقع عن الأمر على ظاهر الرواية حتى لا يخرج الحاج عن حجة الإسلام ، ولا يمكن ههنا إيقاعه عن الأمر لأن الأمر شخصان كل واحد منهما أمره أن يخلص الحج له من غير اشتراك وليس أحدهما أولى من الآخر فلا يقع عنهما ولا عن أحدهما فيقع عن المأمور ، لكن في كلامه إغلاق كما لا يخفى . وهذا تعليل لقوله فهى عن الحاج ، وأما تعليل قوله ويضمن النفقة فذكر بعيد هذا . فإن قيل : إذا وقع عن الحاج فليجعل عن أيهما شاء كما إذا أهل عن أبويه فإن له أن يجعله عن أيهما شاء ، أجب بقوله (ولا يمكنه أن يجعله عن أحدهما بعد ذلك) أي بعد ما وقع لنفسه وبينه في الكتاب وهو واضح .

(قوله ثم قال صاحب النهاية ، إلى قوله : وتقدير الكلام ويضمن النفقة لأنه الخ) أقول : لا قرينة على هذا التقدير (قوله وقال بعضهم : زل فيه أقدام الشارحين) أقول : القائل هو الإقناى (قوله ولا يمكن ههنا إيقاعه عن الأمر) أقول : يعنى لا يمكن أصلا ، وأراد الشارح بهذا الكلام الرد على الإقناى فإنه زعم أن الحج في هذه الصورة يقع عن الأمر من وجه .

وإن أبهم الإحرام بأن نوى عن أحدهما غير عين ، فإن مضى على ذلك صار مخالفا لعدم الأولوية ، وإن عين أحدهما قبل المضى فكذلك عند أبي يوسف رحمه الله ، وهو القياس لأنه مأثور بالتعيين ، والإيهام بخالفه فيقع عن نفسه ، بخلاف ما إذا لم يعين حجة أو عمرة حيث كان له أن يعين ما شاء لأن الملتزم هناك مجهول وههنا المجهول من له الحق . وجه الاستحسان أن الإحرام شرع وسيلة إلى الأفعال لا مقصودا بنفسه . والمبهم يصلح وسيلة بواسطة التعيين فاكتفى به شرطا ، بخلاف ما إذا أدى الأفعال على الإيهام لأن المؤدى لا يحتمل التعيين فصار مخالفا .

من الأبوين أن يحج عنه حجة الإسلام فأحرم بها عنهما كان الجواب كالجواب المذكور في الأجنبية . فلا إشكال أن مخالفة كل منهما فيما إذا أحرم بحجة عن أحدهما لم تتحقق بمجرد ذلك لأن كلا منهما أمره بحجة وأحدهما صالح لكل منهما صادق عليه ، ولا منافاة بين العام والخاص ، ولا يمكن أن تصير للمأمور لأنه نص على إخراجها عن نفسه يجعلها لأحد الأمرين فلا تنصرف إليه إلا إذا وجد أحد الأمرين اللذين ذكرناهما ولم يتحقق بعد لأن معه مكنته التعيين لم يشترع في الأفعال ، بخلاف ما إذا لم يعين حتى شرع وطاف ولو شوطا لأن الأفعال لا تقع لغير معين فتقع عنه ثم ليس في وسعه أن يحولها إلى غيره . وإنما جعل له الشرع ذلك في الثواب ولولا السمع لم يحكم به في الثواب أيضا . ولا خفاء في أن إحرمه بحجة بلا زيادة ليس فيه مخالفة أحد ولا تعذر التعيين ولا يقع عن نفسه لما قدمناه . وأما الرابع فأظهر من الكل . ولو أمره رجل بحجة فأدل بحجة فإدلهما عن نفسه والأخرى عن الأمر فهو مخالف لتضمن الإذن بالحج مع كون نفقة السفر هي الحقيقة للصحة لإفراد السفر للأمر ، فلو رفض التي عن نفسه جازت الباقية عن الأمر كأنه أحرم بها وحدها ابتداء ، إذ لا إنعزال في ذلك المقصود بالرفض . والحاج عن غيره إن شاء قال لبيك عن فلان وإن شاء اكتفى بالنية عنه . والأفضل أن يكون قد حج عن نفسه حجة الإسلام خروجا من الخلاف ، وستقرره إن شاء الله تعالى . ويجوز لإحجاج الحر والعبد والأمة والحرمة . وفي الأصل نص على كراهة المرأة في المبسوط : فإن أحج امرأته جاز مع الكراهة لأن حج المرأة أنقص فإنه ليس عليها رمل ولا سعى في بطن الوادي ولا رفع صوت بالثلبية ولا الخلق اهـ . والأفضل لإحجاج الحر العالم بالمناسك الذي حج عن نفسه حجة الإسلام . وذكر في البدائع كراهة إحجاج الصرورة لأنه تارك فرض الحج والعبد لأنه ليس أهلا لأداء الفرض عن نفسه فيكره عن غيره . وليس للمأمور أن يأمر غيره بما أمر به عن الأمر وإن مرض في الطريق إلا أن يكون وقت الدفع قبل له اصنع ماشئت فحينئذ يكون له أن يأمر غيره به وإن كان صحيحا ، وفيه لو أحج رجلا يحج ثم يقيم بمكة جاز لأن الفرض صار مؤدى : والأفضل أن يحج ثم يعود إليه (قوله بخلاف ما إذا لم يعين حجة أو عمرة) هذه هي الصورة الرابعة فيأذكرناه من صور الإيهام توهمها واردة عليه فدفع الإيراد بالفرق لأن الملتزم فيها مجهول دون الملتزم له وما نحن فيه قلبه . وجهالة الملتزم لا تمنع لما عرف في الإقرار بمجهول لمعلوم

وقوله (وإن أبهم الإحرام) ظاهر . وقوله (لأن الملتزم هناك مجهول) معناه أن جهالة الملتزم غير مانعة عن وجوب التعيين ، وأما جهالة من له الحق فهي مانعة ، ألا ترى أن الإقرار بمجهول لمعلوم جائز دون عكسه (وجه الاستحسان أن الإحرام شرع وسيلة إلى الأفعال لا مقصودا) بدليل صحة تقديمه على وقت الأداء وهو أشهر الحج (فاكتفى به) أي بالإحرام المبيهم من حيث إنه شرط لأن الشروط يراعى وجودها كيفما كان ، ألا ترى أن الإنسان إذا توشأ للتبرد جاز له أن يصلي به . وحاصله أن المقصود الأصلي هو أداء الأفعال والتعيين في ابتدائه ممكن لأنه يقع على ما عين لا على الإيهام ، بخلاف ما إذا أدى ثم عين فإنه يقع على الإيهام ابتداء . ثم التعيين يرد على ماضى واضمحل فلا يفيد شيئا

قال (فإن أمره غيره أن يقرن عنه فالدم على من أحرم) لأنه وجب شكرا لما وفقه الله تعالى من الجمع بين النسكين والمأمور هو المختص بهذه النعمة لأن حقيقة الفعل منه ، وهذه المسئلة تشهد بصحة المروي عن محمد رحمه الله أن الحج يقع عن المأمور (وكذلك إن أمره واحد بأن يحج عنه والآخر بأن يعتمر عنه وأذا له بالقران) فالدم عليهما قلنا

حيث يصح ويلزمه البيان . بخلافه بمعلوم لمجهول فإنه لا يصح أصلا (قوله وإن أمره غيره أن يقرن عنه فالدم على من أحرم) وهو المأمور لا في مال الأمر . وقرن يقرن من باب نصر ينصر (لأنه وجب شكرا للجمع بين النسكين . والمأمور هو المختص بهذه النعمة قالوا : إن هذه تشهد بصحة المروي عن محمد رحمه الله من أن الحج يقع عن المأمور) وإنما للأمر ثواب النفقة يسقط به الحج عن الأمر شرعا . وقد يقال : لا تلزم هذه الشهادة إذ لا شك أن الأفعال إنما وجدت من المأمور حقيقة غير أنها تقع عن الأمر شرعا . وجوب هذا الدم شكرا مسبب عن الوجود الحقيقي . ولأن موجب هذا الفعل أحد أمرين من الهدى والصوم غير أن كل واحد يجب على تقدير ، وأحدهما بتقديره يجب على المأمور وهو الصوم فكذا الآخر لأن كليهما موجب واحد لهذا العمل (قوله وكذا إذا أمره واحد بأن يحج عنه والآخر أن يعتمر عنه وأذا له في القران) يعني يكون الدم في ماله (لما قلنا) وقيد بإذنها له بالقران لأنهما لو لم يأذنا له فقرن عنها كان مخالفا فيضمن نفقتهما ، لا لأن أفراد كل منهما أفضل من قرانهما بل لما قدمناه من أن أمر الأمر بالنسك يتضمن أفراد السفر له به لكان النفقة أغنى تضمن الأمر بانفاق ماله في جميع سفره ويستلزم زيادة الثواب ، وفي القران عدم أفراد السفر فقلت النفقة ونقص الثواب فكان مخالفا ،

قال (فإن أمره غيره أن يقرن عنه فالدم على من أحرم) رجل أمر رجلا أن يقرن عنه بضم الراء ففعل فالدم على المأمور (لأنه وجب شكرا لما وفقه الله تعالى من الجمع بين النسكين ، والمأمور هو المختص بهذه النعمة لأن حقيقة الفعل) صدرت (منه . وهذه المسئلة تشهد بصحة المروي عن محمد أن الحج يقع عن المأمور) وفيه نظر لجواز أن يكون المأخذ في كون الدم واجبا على المأمور كونه نسكا كسائر المناسك ، وسائر المناسك على المأمور فكذا هذا ، لا كونه شكرا لما وفقه الله تعالى من الجمع بين النسكين لأنه مشترك الإلزام من حيث أنه لو كان كذلك لوجب على الأمر لأنه هو المنتفع بتمتعة القران بسقوط حجة الإسلام عن ذمته مع فضيلة القران (وكذلك إن أمره واحد بأن يحج عنه والآخر بأن يعتمر عنه وأذا له بالقران فالدم عليه لما قلنا) يعني قوله لأنه وجب شكرا الخ ؛ وإنما قيد بقوله وأذا له بالقران لأنه إذا لم يأذنا له بذلك لا يجوز له أن يجمع بينهما لأجلهما ، فلو قرن كان مخالفا . واعترض بأنه جعل جزاء الشرط قوله فالدم عليه ووجوبه عليه ليس بمقيد بإذنها ، فإنه لو قرن بغير إذنها فالدم واجب عليه أيضا ، وبأنه إن خالف عند عدم الإذن خالف إلى ما هو خير وهو القران لأنه أفضل عندنا ، والمخالفة إلى خير غير ضائرة . وأجيب بأنه إذا أذنا له بذلك كان مما يوهم أنه ضرر مرضى فيكون عليهما ، بخلاف ما إذا لم يأذنا فأزال الوهم بقوله وأذا له بالقران وبأن خيرية القران إنما هو بالنسبة إلى الجامع بين النسكين لا إلى الأمر .

(قال المصنف : وهذه المسئلة تشهد بصحة المروي عن محمد رحمه الله) أقول : قال ابن الهمام : قد يقال لا تلزم هذه الشهادة إذ لا شك أن الأفعال إنما وجدت من المأمور حقيقة غير أنها تقع عن الأمر شرعا ، وجوب هذا الدم شكرا مسبب عن الوجود الحقيقي ، ولأن موجب هذا الفعل أحد أمرين من الهدى والصوم ، غير أن كل واحد يجب على تقدير ، وأحدهما بتقديره يجب على المأمور وهو الصوم ، وكذا الآخر لأن كليهما موجب واحد لهذا العمل اهـ ، وفيه تأمل (قوله وفيه نظر إلى قوله فكذا هذا الخ) أقول : نعم إلا أنه حينئذ يجب أن يكون من مال الأمر . وقد يقال : وجوب هذا الدم شكرا مسبب عن الوجود الحقيقي والأفعال وجدت من المأمور حقيقة فلا تلزم هذه الشهادة .

(ودم الإحصار على الأمر) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد (وقال أبو يوسف : على الحاج) لأنه وجب للتحلل

هذا ولو كان واحد أمره بالحج فقرن عنه ضمن النفقة عند أبي حنيفة خلافا لهما . لهما أن القران أفضل ، فقد فعل المأمور به على وجه أحسن فلا يكون مخالفا ، كالوكيل إذا باع بأكثر مما سمي له الموكل . ولأبي حنيفة أنه مأمور بإتفاق المال لسفر مفرد للحج وقد خالف فيقع عن نفسه ويضمن كما لو تمتع ، ولم يندفع بعد هذا قولهما أنه خلاف إلى خير فكان صحيحا إذ ثبت الإذن دلالة ، بخلاف التمتع فإن السفر وقع للعمرة بالذات ، ولأن الأمر بالحج تضمن السفر له وقوع إحرامه من ميقات أهل الآفاق : والمتمتع يحرم بالحج من جوف مكة . والأوجه ما في المبسوط من أن هذه العمرة لم تقع عن الأمر لأنه لم يأمر بها ولا ولاية للحاج في إيقاع نسك عنه لم يأمر به ، ألا ترى أنه لو لم يأمر بشيء لم يجز أدائه عنه ، فكذا إذا لم يأمر بالعمرة . وإذا لم تكن العمرة عن الميت صارت عن نفسه وصار كأنه نواها عن نفسه ابتداء ، وبمثله امتنع التمتع لعدم وقوع العمرة عن الميت ، وما إذا أمره بعمرة فقرن عند أبي حنيفة على ما ذكر في البدائع أنه يضمن أيضا عنده كالحج إذا قرن عنده ، ولو أمره بالحج فقرن معه عمرة لنفسه لا يجوز ويضمن اتفاقا فكذا هذا . قال في المبسوط : إلا أنه ذكر ابن سماعه عن أبي يوسف أنه وإن نوى العمرة عن نفسه لا يصير مخالفا ، ولكن يرد من النفقة بقدر حصة العمرة لأنه مأمور بتحصيل الحج عنه بجميع النفقة ، فإذا ضم إليه عمرة لنفسه فقد حصل له ببعض النفقة وهو خلاف إلى خير كالوكيل بشرائه عبد بألف إذا اشتراه بخمسائة . قال شمس الأئمة وليس هذا بشيء فإنه مأمور بتجريد السفر للميت ثم ، ويحصل للميت ثواب النفقة فبتنقيصها ينقص الثواب بقدره ، فكان هذا الخلاف ضررا عليه ، ولا إشكال أنه إذا بدأ بعمرة لنفسه يضمن للمخالفة ولا تقع الحجة عن حجة الإسلام عن نفسه لأنها أقل ما يقع بإطلاق النية وهو قد صرفها عنه في النية ، وفيه نظر . ولو حج عن الميت ثم اعتمر لنفسه بعد الحج ، فمعد العامة لا يكون مخالفا على قول أبي حنيفة ، ولو أمره بعمرة فقرن فهو على الخلاف بين الثلاثة ، إلا أن على قولهما بقية ما بقي من الحج بعد أداء العمرة تكون نفقته فيه على نفسه لأنه في ذلك عامل لنفسه . ولو اعتمر ثم أحرم بالحج بعد ذلك عن نفسه لم يكن مخالفا لأنه فعل ما أمر به وهو أداء العمرة بالسفر ، وإنما فعل بعد ذلك الحج فاشتغاله به كاشتغاله بعمل آخر من التجارة وغيرها ونفقته مقدار مقامه للحج من ماله . وروى ابن سماعه عن محمد : إذا حج المأمور بالحج عن الميت فطاف لحجة وسعى ثم أضاف عمرة عن نفسه لم يكن مخالفا لأن هذه العمرة واجبة الرفض فكانت كعدمها ، ولو كان جمع بينهما : أى قرن ثم لم يطف حتى وقف بعرفة ورفض العمرة لم ينفعه ذلك وهو مع ذلك مخالف ، لأنه لما أحرم بهما جميعا فقد صار مخالفا على ما ذكرناه عن أبي حنيفة فوقعت الحجة عن نفسه فلا تحتمل النفل بعد ذلك برفض العمرة (قوله ودم الإحصار الخ) اندماء الواجبة في الحج إما دم الإحصار وهو على الأمر عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف على

ولهذا إذا كان مأمورا بالحج وقرن عنه أبو حنيفة مخالفا ولم يعتبر ذلك (ودم الإحصار على الأمر عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : على الحاج) ووجههما على ما ذكر في الكتاب واضح . واعترض على قوله إن الأمر هو الذي أدخله في هذه العهدة بأن الأمر إذا أمر بالقران فهو الذي أدخل المأمور في عهدة الدم ولا يجب عليه . وأجيب بأن دم القران نسك ، وقد دفع الأمر النفقة بمقابلة جميع ما كان من المناسك وهو من جملتها ، بخلاف دم الإحصار

(قوله ولهذا إذا كان مأمورا بالحج وقرن عنه أبو حنيفة رحمه الله مخالفا) أقول : لأن العمرة وقعت للمأمور إذا لم ينتظمها الأمر فلا امر الحج الضمى ، والحج المفرد خير من الضمى فتأمل (قوله وأجيب بأن دم القران نسك وقد دفع الأمر النفقة إلى قوله بخلاف دم الإحصار) أقول : فحيثما يكون من مال الأمر ، والمخصوص خلاف ذلك .

دفعاً لضرر امتداد الإحرام ، وهذا راجع إليه فيكون الدم عليه . ولهما أن الأمر هو الذي أدخله في هذه العهدة فعلية خلاصه (فإن كان يحج عن ميت فأحصر فالدم في مال الميت) عندهما خلافاً لأبي يوسف رحمه الله ، ثم قيل : هو من ثلث مال الميت لأنه صلة كالزكاة وغيرها . وقيل من جميع المال لأنه وجب حقاً للمأمور فصار ديناً (ودلم الجماع على الحاج) لأنه دم جنائية وهو الجاني عن اختيار (ويضمن النفقة) معناه : إذا جامع قبل الوقوف حتى فسد حجه لأن الصحيح هو المأمور به . بخلاف ما إذا فاته الحج حيث لا يضمن النفقة لأنه ما فاته باختياره . أما إذا جامع بعد الوقوف لا يفسد حجه ولا يضمن النفقة لحصول مقصود الأمر . وعليه الدم في ماله لما بينا . وكذلك سائر دماء الكفارات على الحاج لما قلنا (ومن أوصى بأن يحج عنه فأحجوا عنه رجلاً فلما بلغ الكوفة مات

المأمور ، فإن كان المحجوج عنه ميتاً في ماله عندهما . ثم هل هو من الثلث أو من كل المال ؟ خلاف بين المشايخ وتقرير الوجه من الجانبين ظاهر من الكتاب فلا تطيل به . ثم يجب عليه الحج من قابل بمال نفسه وإما دم القران وقد تقدم ، قالوا : هذا ودم القران يشهدان نحمد رحمه الله ، وقد تكلمنا في دم القران . وأما كون حج القضاء من مال نفسه فلا لأنه لم يتم الأفعال بسبب الإحصار . وإنما يقع ما هو مسمى الحج عنه ولم يتحقق ، وإما دم الجنائية كجزاء صيد وطيب وشعر وجماع في مال الحاج اتفاقاً لأنه هو الجاني عن اختيار ، والأمر بالحج لا ينتظم الجنائية بل ينتظم ظاهراً علمياً فيكون مخالفاً في فعلها فيثبت موجبها في ماله ، ثم إن كان الجماع قبل الوقوف حتى فسد الحاج ضمن النفقة للمخالفة وعليه القضاء لا يشكل كونه في مال نفسه ، وإن كان بعده لا يفسد ولا يضمن النفقة ، ولو فاته الحج لا يضمن النفقة لعدم المخالفة فهو كالمحصر . وعليه الحج من قابل بمال نفسه ، ولو أتم الحج إلا طواف الزيارة فرجع ولم يطفه لا يضمن النفقة ، غير أنه حرام على النساء ويعود بنفقة نفسه ليقضى ما بقى عليه لأنه جنان في هذه الصورة ، أما لو مات بعد الوقوف قبل الطواف جاز عن الأمر لأنه أدى الركن الأعظم ، وإما دم رفض النسك ولا يتحقق ذلك إذا تحقق إلا في مال الحاج ، ولا يبعد أنه لو فرض أنه أمره أن يحرم بحجتين معا ففعل حتى ارتفعت إحداها كونه على الأمر ولم أره ، والله تعالى أعلم (قوله ومن أوصى بأن يحج عنه النخ) لا خلاف أن

فإنه ليس بنسك ولم يكن معلوماً عند الأمر أيضاً . وقوله (لأنه صلة) الصلة عبارة عن أداء ما لا يكون في مقابلته عوض مالى . وقوله (وغيرها) يعنى النذور والكفارات . وقوله (لأنه وجب حقاً للمأمور) يعنى بإدخاله الأمر في هذه العهدة ديناً على الميت والدين محل جميع المال . وقوله (لأن الصحيح هو المأمور به) أى الحج الصحيح هو المأمور به دون الفاسد . فإذا أفسده لم يقع مأموراً به فكان واقعا عن المأمور فيضمن ما أنفق على حجه من مال غيره ، ثم إذا قضى الحج في السنة الثانية على وجه الصحة لا يسقط به حج الميت لأنه لما خالف في السنة الماضية بالإفساد صار الإحرام واقعا عن المأمور والحج الذى يأتي به في السنة القابلة قضاء ذلك الحج فكان واقعا عن المأمور أيضاً . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لأنه دم جنائية وهو الجاني عن اختيار . ومما ذكرنا علم أن الدماء ثلاثة أنواع : دم نسك كدم القران والتمتع ، ودم جنائية كجزاء الصيد ونحوه ، ودم مثنونة كدم الإحصار . قال في المبسوط : كل دم يلزم المجهز : يعنى الحاج عن الغير فهو عليه في ماله . لأنه إن كان نسكاً فإقامة المناسك عليه ، وإن كان كفارة فالجنائية ومجذبت منه ، وإن كان دماً بترك واجب فهو الذى ترك ما كان واجبا فلهذا كانت هذه الدماء عليه لإلزام الإحصار فإنه في مال الأمر في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقد ذكرناه . وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله وهو الجاني عن اختيار . قال (ومن أوصى بأن يحج عنه) صورة

أو سرق نفقته وقد أنفق النصف يحج عن الميت من منزله بثلاث ما بقي (وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله) وقال : يحج عنه من حيث مات الأول (فالكلام ههنا في اعتبار الثلث وفي مكان الحج . أما الأول فالمذكور قول أبي حنيفة رحمه الله . أما عند محمد يحج عنه بما بقي من المال المدفوع إليه إن بقي شيء وإلا بطلت الوصية اعتبارا بتعيين الموصي إذ تعيين الوصي كتعيينه وعند أبي يوسف رحمه الله يحج عنه بما بقي من الثلث الأول لأنه هو المحل لنفاذ الوصية . ولأبي حنيفة أن قسمة الوصي وعزله المال لا يصح إلا بالتسليم إلى الوجه الذي سماه الموصي لأنه لا خصم له ليقبض ولم يوجد التسليم إلى ذلك الوجه فصار كما إذا هلك قبل الإفراز والعزل فيحج بثلاث ما بقي .

إطلاق الوصية بالحج إذا كان الثلث يحتمل الإحجاج من بلده راكبا ولم يكن الموصي حاجا عن نفسه مات في الطريق ولم يعين المكان الذي مات فيه . أو مكانا آخر يوجب تعيين البلد والركوب . وقد قلنا في مقدمة الباب أنه لو حج المأمور ماشيا وأمسك مئونة الكراء لنفسه يقع عن نفسه ويضمن النفقة ، فأما إذا كان الثلث لا يبلغ إلا ماشيا فقال رجل أنا أحج عنه من بلده ماشيا جاز . وعن محمد لا يجزيه ويحج عنه من حيث يبلغ راكبا . وروى الحسن عن أبي حنيفة إن أحجوا عنه من بلده ماشيا جاز . ومن حيث يبلغ راكبا جاز ، لأن في كل نقصا من وجه زيادة من وجه آخر فاعتدلا ؛ ولو أحجوا من موضع يبلغ وفضل من الثلث وتبين أنه يبلغ راكبا من موضع أبعد يضمن الوصي ويحج عنه من حيث يبلغ إلا إذا كان الفاضل شيئا يسيرا من زاد وكسوة لا يكون مخالفا كذا في البدائع . هذا إذا لم يعين كمية ، فإن عين بأن قال أحجوا عني بألف أو بثلاث مائى ، فإن لم يبلغ من بلده جاء ماقلناه وإن بلغ واحدة لزم وإن بلغ حججا كثيرة . فأما مسألة الألف فذكرها في المبسوط قال : الوصي بالخيار إن شاء دفع عنه كل سنة حجة وإن شاء أحج عنه رجلا في سنة واحدة ، وهو أفضل لأن الوصية بالحج بمال مقدر كالوصية بالتصدق به : وفي ذلك الوصي بالخيار بين التقديم والتأخير ، والتعجيل أفضل لأنه بعد من فوات المقصود بهلاك المال . وأما مسألة الثلث فذكرها في البدائع ، وذكر الجواب على نحو مسألة الألف نقلا عن القدوري ، إلا أنه حكى فيها خلافا ؛ فقل : إن القاضي : يعني الاسديجاني قد ذكر في شرح الطحاوى أن يحج عنه حجة واحدة من وطنه وهي حجة الإسلام ، إلا إذا قال بجميع الثلث . قال : وما ذكره القدوري أثبت لأن الوصية بجميع الثلث وبالثلث واحدة لأنه اسم لجميع السهم ، وذكرنا في المبسوط أيضا وأجاب بصرفه إلى الحج إذا لم يقل حجة ولم يذكر خلافا . قال : لأنه جعل الثلث مصروفا إلى هذا النوع من القرية فيجب

هذه المسئلة رجل له أربعة آلاف درهم أوصى بأن يحج عنه فمات وكان مقدار الحج ألف درهم فدفعها الوصي إلى من يحج عنه فسرق في الطريق . قال أبو حنيفة رحمه الله : يؤخذ ثلث ما بقي من التركة وهو ألف درهم ، فإن سرق ثانيا يؤخذ ثلث ما بقي مرة أخرى وهكذا . وقال أبو يوسف : يؤخذ ما بقي من ثلث جميع المال وهو ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم . فإن سرق ثانيا لا يؤخذ مرة أخرى . وقال محمد : إذا سرق الألف التي دفعها أولا بطلت الوصية . وإن بقي منها شيء يحج به لا غير لأن تعيين الوصي كتعيين الموصي لكونه نائباً عنه ، ولو أفرزها الموصي ثم هلكت بطلت الوصية . فكذلك هذا . ولأبي يوسف أن الوصية محل نفاذها الثلث (ولأبي حنيفة أن قسمة الوصي وعزله لا يصح إلا بالتسليم إلى الوجه الذي سماه الموصي لأنه لا خصم له ليقبض ولم يوجد التسليم إلى ذلك الوجه فصار كما إذا هلك قبل الإفراز والعزل) وفي ذلك يحج من ثلث ما بقي فكذا في هذا . هذا ما يتعلق

وأما الثاني فوجه قول أبي حنيفة رحمه الله وهو القياس أن القدر الموجود من السفر قد بطل في حق أحكام الدنيا ، قال صلى الله عليه وسلم « إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث » الحديث ، وتنفيذ الوصية من أحكام الدنيا فبقية الوصية من وطنه كأن لم يوجد الخروج. وجه قولهما وهو الاستحسان أن سفره لم يبطل لقوله تعالى - ومن يخرج من بيته مهاجرا إلى الله ورسوله - الآية ، وقال صلى الله عليه وسلم « من مات في طريق الحج كتب له حجة مبرورة في كل سنة » وإذا لم يبطل سفره اعتبرت الوصية من ذلك المكان ، وأصل الاختلاف في الذي

تحصيل مقصوده في جميع الثلاث ، كما لو أوصى أن يفعل بثلاثة طاعة أخرى ، ولو ضم إلى الحج غيره والثالث يضيق عن الجميع ، إن كانت متساوية بدئ بما بدأ به الموصي كالحج والزكاة ، وعن أبي يوسف تقديم الزكاة لأن فيها جقين . والحج والزكاة يقدمان على الكفارات ، والكفارات على صدقة الفطر وهي على النذر ، وهو والكفارات على الأضحية ، والواجب على النفل ، والنوافل يقدم منها ما بدأ به الميت . وحكم الوصية بالعتق إذا لم يعين عن كفارة حكم النفل والوصية لأدنى كالفرائض : أعنى المعين . فإن قال للمساكين فهو كالنفل ، ومن للصور المنقولة أوصى بحجة الفرض وعتق نسمة ولا يسعهما الثالث يبدأ بالحجة . ولو أوصى بالحجة ولأناس ولا يسعهما الثالث قسم الثالث بينهم بالخصص يضرب للحج بأدنى ما يكون من نفقة الحج ثم ما خص الحج يحج به من حيث يبلغ لأنه هو الممكن ، ولو أوصى لرجل بألف وللمساكين بألف وأن يحج عنه بألف وثلاثة ألفان يقسم بينهم أثلاثا ثم ينظر إلى حصة المساكين فيضاف إلى الحجة فما فضل فهو للمساكين بعد تكبير الحج لأن الصدقة تطوع والحج فرض ، إلا أن يكون زكاة فيتخصصون في الثالث ثم ينظر إلى الزكاة والحج فيبدأ بما بدأ به الميت ، ولو أوصى بكفارة إفساد رمضان ولا يخرج من الثالث العتق ولم تجز الورثة يطعم ستين مسكينا . هذا وأما ما يرجع إلى تعيين الوطن فلا يخلو من أن يكون له وطن واحد أو أوطان ، فإن اتحد تعيين . ومن فروعه ما عن محمد في خراساني أدركه الموت بمكة فأوصى أن يحج عنه يحج عنه من خراسان ، وما عن أبي يوسف في مكى قدم إلى

بما يحج به ، وأما ما يتعلق بما يحج عنه من المكان فعلى الاختلاف المذكور في الكتاب وهو أيضا واضح . واعترض بأن الحديث الذي استدل به لأبي حنيفة ظاهره متروك لأنه يقتضى أن يكون غير هذه الثلاثة من الأعمال منقطعا ، وليس كذلك لأنها يثاب عليها . وما هو كذلك لا يكون منقطعا . وأجيب بأن الأعمال كلها على ثلاثة أنواع : أعمال عملها فضت . وأعمال لم يشرع فيها فهي بعد معدومة ، وأعمال شرع فيها ولم يتمها . والطرفان لا يوصفان بالانقطاع . أما الأول فلأن الماضي لا يمتثل الانقطاع لكن يمتثل البطلان بما يحبط ثوابه نعوذ بالله من ذلك ، وكذلك للثاني لأنه غير موجود . وهذا لأن الانقطاع عبارة عن تفرق أجزائه . والماضي بجميع أجزائه لا يتصور فيه ذلك وكذلك الذي لم يوحد بجميع أجزائه فتعين الذي شرع فيه ولم يتمه . وأما جواب أبي حنيفة عما استدل به من الكتاب والسنة فهو أنه لا تعارض بين موجب الكتاب وموجب الخبر لأن الكتاب مسوق لحكم الآخرة والخبر

(قوله واعترض بأن الحديث الذي استدل به ، إلى قوله : وما هو كذلك لا يكون منقطعا) أقول : لا يتوجه هذا الاعتراض بعد ما قال أبو حنيفة رحمه الله إن المراد هو الانقطاع في حكم الدنيا ، فإن الثواب حكم أخروي فليتأمل (قوله فتعين الذي شرع فيه ولم يتمه) أقول : وهل هذا في استثناء العلم والولد تأمل ، ثم المراد ليس انقطاع نفس العمل ، إذ النبى صلى الله عليه وسلم ليس مبروتا إلا لبيان الأحكام ، بل انقطاع ثوابه يعنى أنه لا يتجدد له ثواب إلا من هذه الثلاث وذلك حكم الآخرة ، ونظيره حديث « الأعمال بالنيات » تأمل (قوله والماضي بجميع أجزائه لا يتصور فيه ذلك) أقول : الظاهر أن يقال : والماضي وجد بجميع أجزائه الخ

الرى فحضره الموت فأوصى أن يحج عنه يحج عنه من مكة . أما لو أوصى أن يقرن عنه فإنه حينئذ يقرن عنه من الرى لأنه لاقران لأهل مكة فيحمل عليه من حيث هو ، وإن كانت له أوطان في بلدان يحج عنه من أقربها إلى مكة ، ولو عين مكانا جازمته اتفاقا ، وكذا إذا عين مكانا ماث فيه . فلو لم يعين مكان موته وقد مات في سفر ، إن كان سفر الحج فهو على الخلاف الذى ذكر في الكتاب بقوله : وأصل الخلاف فى الذى يحج عن نفسه : يعنى إذا مات فى الطريق وأوصى أن يحج عنه وأطلق يلزم الحج من بلده عنده إلا إن عجز الثلث ، وعندهما من حيث مات . ولو كان سفر تجاوة حج عنه من بلده اتفاقا لأن تعين مكان موته فى سفر الحج عندهما بناء على أنه لا تبطل عبادة سفره من بلده إلى محل موته ، فبالسفر منه يتحقق سفر الحج من بلده ، ولا عبادة فى سفر التجارة ليعتبر البعض الذى قطع عبادة مع البعض الذى بقى فيجب إنشاء السفر من البلد تحصيلًا للواجب . فإن الخطاب يتوجه عليه وهو فى بلده بالخروج إلى الحج وهو العادة أيضا أن يخرج الإنسان من بلده مجهزا فينصرف المطلق إليه ولهذا واقفا بأحنية فى الحاج الذى مات فى الطريق فيما لو أقام فى بعض البلاد فى طريقه حتى تحولت السنة ثم مات فأوصى مطلقا أن يحج عنه من بلده لأن ذلك السفر لما لم يتصل به الحجة التى خرج لها فى تلك السنة لم يعتد به عن الحج إذا حصلنا على هذا ، فلو أوصى على وجه انصرف إلى بلده ولم يعين مالا ففعل الواجب فأحجوا منها ومات فى أثناء الطريق وقد أنفق بعضها أو سرق كلها قال أبو حنيفة : يحج عنه ثانيا من بلده من ثلث مابق . وقالوا : من حيث مات . وأما فى جانب المال فقال محمد : ينظر إن بقى من المدفوع شىء حج به وإلا بطلت الوصية . وقال أبو يوسف . إن كان المدفوع تمام الثلث كقول محمد ، وإن كان بعضه يكمل ، فإن بلغ باقية ما يحج به وإلا بطلت . وقال أبو حنيفة : من ثلث ما بقى ثم وثم إلى أن لا يبقى ما يبلغ فحينئذ تبطل ، مثلا : كان الخلف أربعة آلاف دفع الوصى ألفا فهلك يدفع إليه ما يكفيه من ثلث الباقي أو كله وهو ألف ، فلو هلك الثانية دفع إليه من ثلث الباقي بعدها هكذا مرة بعد مرة إلا أن لا يبقى ما ثلثه يبلغ الحج فتبطل . وعند أبي يوسف : يأخذ ثلاثمائة وثلاثين وثلثا فإنها مع تلك الألف ثلث الأربعة الآلاف ، فإن كفت وإلا بطلت الوصية . وعند محمد : إن فضل من الألف الأولى ما يبلغ وإلا بطلت . فالخلاف فى موضعين فيما يدفع ثانيا وفى المحل الذى يجب الإحجاج منه ثانيا . أما الأول فلمحمد أن تعيين الوصى كتعيين الموصى ، ولو عين الموصى مالا فهلك بطلت الوصية ، فكذا إذا عين الوصى . وأبو يوسف يقول : محل الوصية الثلث فتعين الوصى إياه صحيح وتعيينه

لحكم الدنيا ، فيجوز انقطاع العمل من حيث حكم الدنيا ويبقى له ثوابه من حيث حكم الآخرة ، كما إذا نوى الصوم فى رمضان أو صامه إلى نصف النهار ومات وجب عليه الإيضاء بفدية صوم هذا اليوم كاملا من حيث حكم الدنيا وإن كان هو مثابا فى الآخرة بقدر ما صام من ذلك اليوم . وكذلك إذا أدركه الموت فى خلال الصلاة ، وكذا كل عمل صالح شرع فيه ولم يتمه ، وكذا الجواب عن الحديث الذى رواه . وقال فى النهاية : ثم تأخير تعليلهما عن تعليل أبي حنيفة يحتمل أن يكون لكون قولهما مختار المصنف لما أن قولهما استحسان وقول أبي حنيفة

(١) (قوله فلو أوصى الخ) هكذا فى الأصول ، وفى العبارة حزاة ، ولعلها من تحريف النساخ : كذا بخط العلامة البحرأوى حفظه الله كتبه مصححه .

يحج بنفسه ، وينبى على ذلك المأمور بالحج . قال (ومن أهل تحجة عن أبيه يجزيه أن يجعله عن أحدهما) لأن من حج عن غيره بغير إذنه فإنما يجعل ثواب حجه له ، وذلك بعد أداء الحج فلغت نيته قبل أدائه ، وصح جعله ثوابه لأحدهما بعد الأداء ، بخلاف المأمور على ما فرقنا من قبل . والله تعالى أعلم .

فيه غير صحيح لأن جميع الثلث محل الوصية ، فما بقى شيء منه يجب تنفيذ الوصية فيه . وأبو حنيفة يقول : المال ليس بمقصود للموصى بل مقصوده الحج به . فإذا لم يقد هذا التعيين هذا المقصود صار كعلمه ، وما هلك من المال كان كأن لم يكن بمنزلة ما إذا هلك قبل هذا الإفراد الوصية باقية بعد الإحجاج مطلقا فينصرف إلى ثلث الباقي إذا صار الهالك كأن لم يكن قبل الوصية فيكون محلها ثلثه . وأما الثاني فبناه على أن السفر هل بطل بالموت أو لا فقال لا وهو استحسان . وقال نعم وهو قياس ، وقوله في الأول أوجه وهما هنا أوجه . له قوله عليه الصلاة السلام « إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث . صدقة جارية . أو علم ينتفع به . أو ولد صالح يدعو له » رواه مسلم . وأبو داود والنسائي . ولهما في أنه لم يبطل ما أخرجه الطبراني في الوسط وأبو يعلى والبيهقي في شعب الإيمان عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من خرج حاجا فمات كتب له أجر الحاج إلى يوم القيامة . » ومن خرج معتمرا فمات كتب له أجر المعتمر إلى يوم القيامة . ومن خرج غازيا في سبيل الله فمات كتب له أجر الغازي إلى يوم القيامة » قال الحافظ المنذرى . رواه أبو يعلى من رواية محمد بن إسحاق ، وبقيته رواه ثقات . وأنت قد أسمعتك أن الحق في ابن إسحاق أنه ثقة أيضا . ثم مارواه إنما يدل على انقطاع العمل والكلام في بطلان القدر الذي وجد في حكم العبادة والثواب وهو غيره وغير لازم ، لأن انقطاع العمل لفقد العامل لا يستلزم ما كان قد وجد في سبيل الله ، وقال تعالى - وما كان الله ليضيع إيمانكم - فيما كان معتدا به حين وجد ثم طرأ المنع منه . وجواب أبي حنيفة أن المراد بعدم الانقطاع في أحكام الآخرة والانقطاع في أحكام الدنيا وهو الذي يوجب هنا كمن صام إلى نصف النهار في رمضان ثم حضره الموت يجب أن يوصى بفدية ذلك اليوم وإن كان ثواب إمساك ذلك اليوم باقيا .

[فرع] مات وترك ابنين وأوصى أن يحج عنه بثلاثمائة وترك تسعمائة فأنكر أحد الابنين واعترف الآخر فدفع من حصته مائة وخمسين لمن يحج بها ثم اعترف الآخر . فإن كان حج بأمر الوصى يأخذ المقر من الجاحد خمسة وسبعين لأنه جاز عن الميت بمائة وخمسين وبقيت مائة وخمسون ميراثا بينهما . وإن حج بغير أمر الوصى يحج مرة أخرى بثلاثمائة (قوله ومن أهل تحجة عن أبيه فله أن يجعلها عن أحدهما) فاستفدنا أنه إذا أهل عن أحدهما على الإبهام أن له أن يجعلها عن أحدهما بعينه بطريق أولى . ومبناه على أن نيته لهما تلغو بسبب أنه غير مأمور من قبلهما أو أحدهما فهو متبرع فتقع الأعمال عنه ألبتة . وإنما يجعل لهما الثواب وترتبته بعد الأداء فتلغو نيته قبله فيصح جعله بعد ذلك لأحدهما أو لهما . ولا إشكال في ذلك إذا كان متقبلا عنهما ؛ فإن كان على أحدهما حج الفرض . فلما أن يكون أوصى به أولا . فإن أوصى به فتبرع الوارث عنه بمال نفسه لا يسقط عن المورث ، وإن لم يوص فتبرع عنه بالإحجاج أو الحج بنفسه . قال أبو حنيفة . يجزيه إن شاء الله تعالى لقوله عليه الصلاة والسلام للخنثمية « أرأيت لو كان على أبيك دين » الحديث . شبهه بدين العباد . وفيه أنه لو قضى الوارث من غير وصية يجزيه

قياس . والمأخوذ في عامة الصور حكم الاستحسان . وقوله (على ما فرقنا من قبل) يريد به قوله لأنه متبرع يجعل ثواب عمله لأحدهما الخ . والله أعلم .

فكذا هذا وغير ذلك من الآثار الدالة على أن تبرع الوارث مثل ذلك معتبر شرعا . فإن قيل : فلماذا قيد الجواب بالمشيئة بعد ما صح الحديث ؟ قلنا : لأن خبر الواحد لا يوجب اليقين بل الظن ، فما كان من الأمور التي طريقها العمل لا يحتاج إلى ذكر المشيئة فيه لأن الظن طريقه فقد تطابقا ، وسقوط القرض عن الميت بأداء الورثة طريقه العلم . فإنه أمر يشهد به على الله تعالى بعد القطع بشغل الذمة به فلماذا قيده به . واعلم أن فعل الولد ذلك مندوب إليه جدا لما أخرج الدارقطني عن ابن عباس رضي الله عنهما عنه غايه الصلاة والسلام قال « من حج عن أبيه أو قضى عنهما مغرما بعث يوم القيامة مع الأبرار » وأخرج أيضا عن جابر أنه عليه الصلاة والسلام قال « من حج عن أبيه وأمه فقد قضى عنه حجته وكان له فضل عشر حجج » وأخرج أيضا عن زيد بن أرقم قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا حج الرجل عن والديه تقبل منه ومنهما واستبشرت أرواحهما وكتب عند الله برا » هذا وقد سبق الوعد بتقرير مسئلة حج الصرورة عن الغير . والصرورة يراد به الذي لم يحج عن نفسه فتعنه الشافعي رحمه الله لما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما « أن النبي صلى الله عليه وسلم سمع رجلا يقول : لبيك عن شبرمة ، فقال : من شبرمة ؟ قال : أخ لي أو قريب لي . قال : حججت عن نفسك ؟ قال لا ، قال : حج عن نفسك ثم حج عن شبرمة » رواه أبو داود وابن ماجه . قال البيهقي : هذا إسناد ليس في الباب أصح منه . وعن هذا لم يجوز الشافعي النفل للصرورة . قلنا : هذا الحديث مضطرب في وقفه على ابن عباس ورفع . والرواية كلها ثقات ، فرغمه عبدة بن سليمان . قال ابن معين : عبدة أثبت الناس في سعيد بن أبي عروبة ، وتابعه محمد بن عبد الله الأنصاري ومحمد بن ميسرة وأبو يوسف القاضي كلهم عن سعيد ، ووقفه غندر عن سعيد ، ورواه أيضا سعيد بن منصور . حدثنا سفيان عن أيوب عن أبي قلابة سمع ابن عباس رجلا يلبي عن شبرمة فذكره موقوفا ، وليس هذا مثل ما ذكرناه غير مرة في تعارض الرفع والوقف من تقديم الرفع لأنه زيادة تقبل من الثقة فإن ذلك في حكم مجرد عن قصة واقعة في الوجود رواه واحد عن الصحابي يرفعه وآخر عن نفسه فقط ، فإن هذا يتقدم فيه الرفع لأن الموقوف حاصله أنه قد ذكره ابتداء على وجه إعطاء حكم شرعي أو جوابا لسؤال ، ولا ينافي هذا كون ما ذكره مأثورا عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم . أما في مثل هذه وهي حكاية قصة : هي أن النبي صلى الله عليه وسلم سمع من يلبي عن شبرمة فقال له ما قال ، أو أن ابن عباس رضي الله عنهما سمع من يلبي عن شبرمة فقال له ذلك ، فهو حقيقة التعارض في شيء وقع في الوجود أنه وقع في ذلك الزمن أو في زمن آخر بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم أو غيره ، وتجوز أن يكون وقع في زمنه عليه الصلاة والسلام ثم وقع بحضرة ابن عباس سمعه رجلا آخر يلبي عن شبرمة فقال له من شبرمة ؟ فقال أخ أو قريب يعين ذلك ، فهو وإن لم يمنع عقلا لكنه بعيد جدا في العادة فلا يندفع به حكم التعارض الثابت ظاهرا طالبا لحكمه فيهما تران . أو يرجح وقوعه في زمن ابن عباس لأن أحكام الحج كانت خفية في زمنه عليه الصلاة والسلام حتى وقع الخطأ في ترتيب أحكام كثيرة فسألوه عنها فقال رجل لم أشعر فحلقت قبل أن أذبح » وكثير ، وإنما تركوا السؤال ابتداء ظنا منهم بأن لا ترتيب معين في هذه فإنها ليست أركانا لعلمهم أن الحج عرفة عنه

(١) (محمد بن ميسرة) هكذا هو في بعض النسخ التي بيدنا ، وكذلك ضبطه في خلاصة أسماء الرجال بضم أوله وفتح المثناة التحتية المهمة انشددة فليعلم كنهه .

(باب الهدى)

عليه الصلاة والسلام والطواف بنص الكتاب فلما رأوا أن الذي فعله عليه الصلاة والسلام خلاف ذلك الترتيب فرعوا إلى السؤال فعذرهم بالجهل في ذلك الوقت، فأما حجج الإنسان عن غيره فأمر يأباه القياس فإن العقل لا يقتضي جوازه إذا خلى والنظر في مقصود التكليف على ما قدمناه أول الباب فلم يكن يقدم عليه ذلك الرجل بلا سؤال، ثم يتفق أن النبي صلى الله عليه وسلم يطلع عليه فيخيره بالحكم، بخلافه في زمن ابن عباس رضي الله عنهما فإنه قد ظهرت الأحكام وعرف جواز النيابة باشتهار حديث الخثعمية وغيره بملك الناس له وصح تكرار ذلك فهو مظنة أن يعلم أصل جواز النيابة فيفعل بلا سؤال فيكون قول ابن عباس رضي الله عنهما رأياً منه ولأن ابن المقلس ذكر في كتابه أن بعض العلماء ضعف هذا الحديث بأن سعيد بن أبي عروبة كان يحدث به بالبصرة فيجعل هذا الكلام من قول ابن عباس ثم كان بالكوفة يسنده إلى النبي صلى الله عليه وسلم وهذا يفيد اشتباه الحال على سعيد وقد عنعنه قتادة ونسب إليه تدليس فلا تقبل عنعنته، ولو سلم فحاصله أمر بأن يبدأ بالحج عن نفسه وهو يحتمل النذب فيحمل عليه بدليل وهو إطلاقه عليه الصلاة والسلام. قوله للخثعمية: «حجى عن أبيك» من غير استخبارها عن حجها لنفسها قبل ذلك. وترك الاستفصال في وقائع الأحوال ينزل منزلة عموم الخطاب فيفيد جوازه عن الغير مطلقاً. وحديث شبرمة يفيد استحباب تقديم حجة نفسه وبذلك يحصل الجمع ويثبت أولوية تقديم الفرض على النفل مع جوازه. والذي يقتضيه النظر أن حج الضرورة عن غيره إن كان بعد تحقيق الوجوب عليه بملك الزاد والراحلة والصحة فهو مكروه كراهة تحريم لأنه يتضيق عليه والحالة هذه في أول سني الإمكان فيأثم بتركه، وكذا لو تنفل لنفسه ومع ذلك يصح لأن النهي ليس لعين الحج المفعول بل لغيره وهو خشية أن لا يدرك الفرض، إذ الموت في سنة غير نادر. فعلى هذا يحمل قوله عليه الصلاة والسلام «حج عن نفسك ثم عن شبرمة» على الوجوب، ومنع ذلك لا ينفي الصحة ويحمل ترك الاستفصال في حديث الخثعمية على علمه بأنها حجت عن نفسها أولاً وإن لم يرو لنا طريق علمه بذلك جمعاً بين الأدلة كلها: أعني دليل التضييق عند الإمكان وحديث شبرمة والخثعمية، والله سبحانه أعلم.

(باب الهدى)

هذا الباب تتعلق به الأبواب السابقة، فإن الهدى إما لمتعة أو قران أو إحصار أو جزاء صيد أو كفارة جنابة أخرى، فأخبر عنها لأن معرفة هدى المتعة والقران فرع معرفة المتعة والقران وكذا الباقي، والمقصود أنه يتضمن

(باب الهدى)

لما كثر دور لفظ الهدى فيما تقدم من المسائل نسكا وجزاء ومثونة احتاج إلى بيان الهدى وما يتعلق به من المسائل، ولما لم يخل وجوبه عن أحد هذه الأشياء أخر ذكره عن ذكر هذه الأشياء وكلامه واضح.

(باب الهدى)

(المهدي أدناه شاة) لما روى « أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن المهدي فقال : أدناه شاة » قال (وهو من ثلاثة أنواع : الإبل والبقر والغنم) لأنه صلى الله عليه وسلم لما جعل الشاة أدنى فلا بد أن يكون له أعلى وهو البقر والجوزور ، ولأن المهدي ما يهدي إلى الحرم ليتقرب به فيه ، والأصناف الثلاثة سواء في هذا المعنى (ولا يجوز في الهدايا إلا ما جاز في الضحايا) لأنه قرابة تعلقت بإراقة الدم كالأضحية فيتخصصان بمحل واحد (والشاة جائزة في كل شيء إلا في موضعين : من طاف طواف الزيارة جتبا . ومن جامع بعد الوقوف بعرفة فإنه لا يجوز فيهما إلا البدنة) وقد بينا المعنى فيما سبق (ويجوز الأكل من هدى التطوع والمتعة والقران) لأنه دم نسك فيجوز الأكل منها بمنزلة الأضحية ، وقد صح « أن النبي صلى الله عليه وسلم أكل من لحم هديه وحسا من المروة » ويستحب له أن يأكل منها لما روينا ، وكذلك يستحب أن يتصدق على الوجه الذي عرف في الضحايا (ولا يجوز الأكل من بقية الهدايا) لأنها

حالات تستدعي سبق تصوّره مفهومات متعلقاتها وتصديقات ببعض أحكام منها (قوله أدناه شاة) يفيد أن له أعلى . وعندنا أفضلها الإبل ثم البقر ثم الغنم (قوله لما روى أنه عليه الصلاة والسلام) هذا بهذا اللفظ لا يعرف إلا من كلام عطاء ، أخرجه الشافعي قال : حدثنا مسلم بن خالد الزنجي عن ابن جريج عن عطاء أنه قال : أدنى ما يهراق من الدماء في الحج وغيره شاة . وما في البخاري من باب - فمن تمتع بالعمرة إلى الحج - عن أبي جرة نصر بن عمران الضبعي قال : سألت ابن عباس عن المتعة فأفتاني بها ، وسألته عن المهدي فقال : فيه جزور أو بقرة أو شاة أو شرك في دم الحديث فخاص بهدي المتعة (قوله إلا في موضعين) تقدم ثالث ، وهو ما إذا طافت امرأة حائضا أو نفساء (قوله بعد الوقوف بعرفة) يعني قبل الخلق على ما أسلفه من أن الجماع بعده فيه شاة (قوله فيما سبق) يعني قوله ولأن الجناية أغلظ من الحدث . وقوله (ولأنه) يعني الجماع (أعلى أنواع الارتفاقات) (قوله وقد صح) تقدم في حديث جابر الطويل أنه عليه الصلاة والسلام أكل من الكل ، فإنه قال فيه « ثم أمر من نل بدنة ببضعة فجعلت في قدر فطبخت » الحديث ، فارجع إليه : ومعلوم أنه كان قارنا ، وكذا أزواجه على ما رجحه بعضهم ، وهدي القران لا يستغنى مائة بدنة ، فعلم أنه أكل من هدي القران والتطوع إلا أنه إنما أكل من هدي التطوع بعد ما صار إلى الحرم ، أما إذا لم يبلغ بأن عطب أو ذبحه في الطريق فلا يجوز له الأكل منه لأنه في الحرم ثم القرية فيه بالإزاقة ، وفي غير الحرم لا يحصل به بل بالتصدق فلا بد من التصديق ليحصل المقصود ، ولو أكل منه أو من غيره مما لا يحل له الأكل منه ضمن ما أكله ، وبه قال الشافعي وأحمد ، وقال مالك : لو أكل لقمة ضمنه كله وليس له بيع شيء من لحوم الهدايا وإن كان مما يجوز له الأكل منه ، فإن باع شيئا أو أعطى الجزار أجره منه فعليه أن يتصدق بهيمته ، وحيثما جاز الأكل للمهدي جاز أن يأكل الأغنياء أيضا (قوله وكذلك يستحب أن يتصدق على الوجه الذي عرف في الضحايا) وهو أن يتصدق بثلاثها ويهدي ثلثها وكل دم يجوز له الأكل منه لا يجب عليه

وقوله (وقد بينا المعنى فيما سبق) يريد به قوله بعد ذكر رواية ابن عباس رضي الله عنهما ولأن الجناية أغلظ من الحدث . وقوله ولأنه أعلى أنواع الارتفاقات فتغلظ موجه . وقوله (ويجوز الأكل من هدي التطوع) يعني للمهدي والأغنياء إذا ذبح في محله على ما ذكره ، وأما الفقراء فيجوز لهم الأكل من جميع الهدايا . وقوله (وحسا من المروة) أي شرب . وقوله (ويستحب له أن يأكل منها) لأنه لما لم يكن الجواز مستلزما للاستحباب ذكره ثانيا بيانا للاستحباب ، ولو ذكر الاستحباب أولا استغنى عن بيان الجواز لاستلزام الاستحباب إياه . وقوله (لما روينا) إشارة إلى قوله أنه عليه الصلاة والسلام أكل من لحم هديه . وإنما أنب الضمير في منها للرجوع إلى هدي المتعة والقران والتطوع . وقوله (وكذلك يستحب أن يتصدق) ظاهر ، وقوله عليه الصلاة والسلام

دماء كفارات ، وقد صح «أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أحصر بالحديبية وبعث الهدايا على يدى ناجية الأسلمى قال له : لا تأكل أنت ورفقتك منها شيئا» (ولا يجوز ذبح هدى التطوع والمتعة والقران إلا فى يوم النحر) قال العبد الضعيف (وفى الأصل يجوز ذبح دم التطوع قبل يوم النحر ، وذبحه يوم النحر أفضل وهذا هو الصحيح) لأن القرية فى التطوعات باعتبار أنها هدايا وذلك يتحقق بتبليغها إلى الحرم ، فإذا وجد ذلك جاز ذبحها فى غير يوم النحر ، وفى أيام النحر أفضل لأن معنى القرية فى إراقة الدم فيها أظهر ، أما دم المتعة والقران فلقوله تعالى - فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا نفثهم -

التصدق بعد الذبح لتمام القرية به . وجملة الكلام فيه أن الدماء نوعان : مايجوز لصاحبه الأكل منه وهو دم المتعة والقران والأضحية وهدى التطوع إذا بلغ محله ، وما لايجوز وهو دم النذر والكفارات والإحصار ، وكل دم يجوز له الأكل منه لا يجب عليه التصديق به بعد الذبح ، لأنه لو وجب لبطل حق الفقراء بالأكل ، وكل دم لايجوز له أن يأكل منه يجب عليه التصديق به بعد الذبح ، ولو هلك بعد الذبح لاضمان عليه فى النوعين لأنه لا صنع له فى الهلاك ، وإن استهلكه بعد الذبح ، فإن كان مما يجب عليه التصديق به يضمن قيمته للفقراء لتعديه على حقهم ، وإن كان مما لا يجب لا يضمن شيئا لأنه لم يتعد ، ولو باع اللحم يجوز له بيعه فى النوعين لقيام ملكه إلا أن مالا يجوز له أكله عليه التصديق بثمنه كذا فى البدائع (قوله وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم) روى أصحاب السنن الأربعة عن ناجية الخزاعى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث معه بهدى وقال له : إن عطب فانخره ثم اصبح نعله فى دمه ثم خل بينه وبين الناس » قال الترمذى : حديث حسن صحيح ، وليس فيه « لا تأكل أنت ولا رفقتك » وقد أسند الواقدى فى أول غزوة الحديبية القصة بطولها ، وفيها « أنه عليه الصلاة والسلام استعمل على هديه ناجية بن جندب الأسلمى وأمره أن يتقدمه بها ، قال : وكانت سبعين بدنة ، فذكره إلى أن قال : وقال ناجية بن جندب : عطب معى بعير من الهدى فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلم بالأبواء فأخبرته ، فقال : انخرها واصبح فلائدها فى دمه ولا تأكل أنت ولا أحد من رفقتك منها شيئا وخل بينها وبين الناس » وأخرج مسلم وابن ماجه عن قتادة عن سنان بن مسلم عن ابن عباس أن ذؤيبا الخزاعى أبا قبيصة حدثه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يبعث بالبدن معه ثم يقول : إن عطب منها شيء فخشيت عليه موتا فانخرها ثم اغمس نعلها فى دمه ثم اضرب به صفحتها ولا تطعمها أنت ولا أحد من أهل رفقتك » وأعل بأن قتادة لم يدرك سنانا . والحديث معنعن فى مسلم وابن ماجه ، إلا أن مسلما ذكر له شواهد ولم يسم ذؤيبا بل قال إن رجلا ، وإنما نهى ناجية ومن ذكر عن الأكل لأنهم كانوا أغنياء . قال شارح الكنز : لدلالة الحديث ناجية على المدعى لأنه صلى الله عليه وسلم قال ذلك فيما عطب منها فى الطريق ، والكلام فيما إذا بلغ الحرم هل يجوز له الأكل منه أو لا اه . وقد أوجدنا فى هدى التطوع إذا ذبح فى الطريق امتناع أكله منه وجوازه بل استحبابه إذا بلغ محله . والمعنى الذى ذكره المصنف فى أنها دماء كفارات يستقل بالمطلوب (قوله ولا يجوز ذبح الخ) الحاصل أن دم النذر والكفارات وهدى التطوع يجوز قبل أيام النحر ، ولا يجوز دم المتعة والقران والأضحية إلا فيها ، ودم الإحصار يجوز فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف قبلها ولا يجوز عند محمد (قوله أما دم المتعة والقران فلقوله تعالى - فكلوا منها - الآية ، إلى قوله - ثم ليقضوا نفثهم -) قد بينا فى كون وقت الطواف وقت الذبح ما يفيد مثله وجه كون وقت الذبح وقت

(لا تأكل أنت ورفقتك منها شيئا) إنما نهاهم عن الأكل لأنهم كانوا أغنياء . وقوله (ولا يجوز ذبح هدى التطوع) ظاهر ووجه الاستدلال بقوله تعالى - فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا نفثهم - أن الله تعالى عطف قضاء النفث

وقضاء التفت يختص بيوم النحر، ولأنه دم نسك فيختص بيوم النحر كالأضحية (ويجوز ذبح بقية الهدايا في أي وقت شاء) وقال الشافعي رحمه الله : لا يجوز إلا في يوم النحر اعتباراً بدم المتعة والقران ، فإن كل واحد دم جبر عنده . ولنا أن هذه دماء كفارات فلا تختص بيوم النحر لأنها لما وجبت لجبر نقصان كان التعجيل بها أولى لارتفاع النقصان به من غير تأخير ، بخلاف دم المتعة والقران لأنه دم نسك . قال (ولا يجوز ذبح الهدايا إلا في الحرم) لقوله تعالى في جزاء الصيد - هديا بالغ الكعبة - فصار أصلاً في كل دم هو كفارة ، ولأن الهدى اسم لما يهدى إلى مكان ومكانه الحرم : قال صلى الله عليه وسلم « منى كلها منحر ، وفجاج مكة كلها منحر » (ويجوز أن يتصدق بها على مساكين الحرم وغيرهم) خلافاً للشافعي رحمه الله لأن الصدقة قرينة معقولة ، والصدقة على كل

قضاء التفت فارجع تأمله . وأما وجه الاختصاص فطريقه أن ينفي الجواز قبلها وبعدها بالإجماع ، وما ذكرناه يفيد كونه فيها فيلزم من مجموع ذلك الاختصاص بأيام النحر . والمراد الاختصاص من حيث الوجوب على قول أبي حنيفة ، وإلا لو ذبح بعدها أجزأ إلا أنه تارك للواجب وقبلها لا يجزئ بالإجماع ، وعلى قولهما كذلك في القبلة وكونه فيها هو السنة ، حتى لو ذبح بعد التحلل بالحق لأشياء عليه عندهما ، وعنده عليه دم ، وتقدم تفصيل ذلك . وإذا عرفت هذا فإطلاق عدم الجواز في قوله ولا يجوز ذبح هدى المتعة والقران إلا في يوم النحر فيه نوع إيهام (قوله ويجوز ذبح بقية الهدايا) وهي هدى الكفارات والنذر والإحصار على قوله ، والوجه ظاهر في الكتاب (قوله ولا يجوز ذبح الهدايا إلا في الحرم) سواء كان تطوعاً أو غيره ، قال تعالى في جزاء الصيد - هديا بالغ الكعبة فكان أصلاً في كل دم وجب كفارة ، وقال تعالى في دم الإحصار - ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدى محله - وقال في الهدايا مطلقاً - ثم محلها إلى البيت العتيق - ولأن الهدى اسم لما يهدى إلى مكان فالإضافة ثابتة في مفهومه وهو الحرم بالإجماع ، ويجوز الذبح في أي موضع شاء من الحرم ولا يختص بمنى . ومن الناس من قال : لا يجوز إلا بمنى ، والصحيح ما قلنا ، قال عليه الصلاة والسلام « كل عرفة موقف وكل منى منحر ، وكل المزدلفة موقف ، وكل فجاج مكة طريق ومنحر » رواه أبو داود وابن ماجه من حديث جابر . فتحصل أن الدماء قسمان

على الأكل من بهيمة الأنعام التي نحروها (وقضاء التفت يختص بيوم النحر) فيكون النحر كذلك . واعتبر بأن ثم للتراخي فربما يكون الذبح قبل يوم النحر وقضاء التفت فيه . وأجيب بأن موجب ثم في التراخي يتحقق بالتأخير ساعة ، فلو جاز الذبح قبل يوم النحر جاز قضاء التفت بعده بساعة وليس كذلك . وقوله (ولأنه دم نسك) أي كل واحد منهما دم نسك ولهذا حل له تناول منه فيختص بالحرم كالأضحية : وقوله (ويجوز ذبح بقية الهدايا) ظاهر . والفجاج جمع الفج : وهو الطريق الواسع بين الجهلين . وقوله (ويجوز أن يتصدق بها على مساكين الحرم وغيرهم)

(قال المصنف : ولا يجوز ذبح هدى التطوع والمتعة والقران إلا في يوم النحر) أقول : يعنى لا يجوز قبله ، فالقصر إضافي ، فإنه لو ذبح بعده أجزأ إلا أنه تارك للواجب ، وقبلها لا يجزئ بالإجماع ، أو المراد الاختصاص من حيث الوجوب عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعلى قولهما كونه فيها هو السنة ، حتى لو ذبح بعد التحلل بالحق لأشياء عليه ، وعنده عليه دم . وإذا عرفت هذا فإطلاق عدم الجواز في قوله ولا يجوز ذبح هدى المتعة الخ فيه نوع إيهام (قوله وأجيب ، إلى قوله : فلو جاز الذبح قبل يوم النحر جاز الخ) أقول : غاية أن يثبت الاحتمال ، وقد علم بالدلالة أنه لا يكون إلا يوم النحر فتعين لذلك .

فقير قبة . قال (ولا يجب التعريف بالهدايا) لأن الهدى ينبئ عن النقل إلى مكان ليتقرب بإراقة دمه فيه لاعتبار التعريف فلا يجب ، فإن عرّف بهدى المتعة فحسن لأنه يتوقت بيوم النحر فعسى أن لا يجد من يمسه فيحتاج إلى أن يعرف به ، ولأنه دم نسك فيكون مبناه على التشهير بخلاف دم الكفارات لأنه يجوز ذبحها قبل يوم النحر على ما ذكرنا وسببها الجنائية فيليق بها السر . قال (والأفضل في البدن النحر وفي البقر والغنم الذبح) لقوله تعالى - فصل لربك وانحر - قيل في تأويله الجزور ، وقال الله تعالى - أن تذبحوا بقرة - وقال الله تعالى - وفديناه بذبح عظيم - والذبح ما أعد للذبح ، وقد صح « أن النبي صلى الله عليه وسلم نحر الإبل وذبح البقر والغنم ، ثم إن شاء نحر الإبل في الهدايا قياما وأضجعها ، وأى ذلك فعل فهو حسن ، والأفضل أن ينحرها قياما لما روى أنه صلى الله عليه وسلم نحر الهدايا قياما ، وأصحابه رضى الله تعالى عنهم كانوا ينحرونها قياما معقولة اليد اليسرى ، ولا يذبح البقر والغنم قياما لأن في حالة الأضطجاع المذبح أين فيكون الذبح أيسر والذبح هو السنة فيهما ، قال (والأولى أن يتولى ذبحها بنفسه إذا كان يحسن ذلك) لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم ساق مائة بدنة في حجة الوداع فنحر نيفا وستين بنفسه ، وولى الباقي عليا رضى الله عنه ، ولأنه قرينة والتولى في القربات أولى لما فيه من زيادة الخشوع ، إلا أن الإنسان قد لا يهتدى لذلك ولا يحسنه فجوزنا توليته غيره . قال (ويتصدق بجلالها

ما يختص بالزمان والمكان وما يختص بالمكان فقط) قوله (ولا يجب التعريف بالهدايا) سواء أريد بالتعريف الذهاب بها إلى عرفات أو التشهير بالتقليد والإشعار كل ذلك لا يجب . وقوله (فعسى أن لا يجد من يمسه) يشير إلى الأول وقوله (فيكون مبناه على التشهير) إلى الثاني (قوله والأفضل الخ) أما نحر الإبل فحديث جابر الطويل فيه « فنحر ثلاثا وستين بيده » الحديث . وأما ذبح البقر والغنم في الصحيحين عن عائشة « فدخل علينا يوم النحر بلحم بقر فقلت ما هذا ؟ قالوا : ذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أزواجه » وأخرج الستة حديث التضحية بالغنم بما يفيد الذبح . ومن قريب سمعت حديث ذبحه عليه الصلاة والسلام الكبشين الأملحين . وأما أنه نحر الإبل قياما وأصحابه ، ففي الصحيحين عن ابن عمر رضى الله عنهما « أنه مرّ برجل ينحر بدنة وهى باركة فقال : ابعثها قياما مقيدة سنة محمد صلى الله عليه وسلم وفيهما أيضا عن أنس « أنه صلى الله عليه وسلم صلى الظهر بالمدينة أربعاً والعصر بذى الحليفة ركعتين ونحن معه ، إلى أن قال : ونحر رسول الله صلى الله عليه وسلم سبع بدنان قياما » وأخرج أبو داود عن ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر قال : وأخبرني عبد الرحمن بن سابط « أن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه كانوا ينحرون البدنة معقولة اليد اليسرى قائمة على ما بقي من قوائمها » وأبعد من قال هذا الحديث مرسل بل هو مسند عن جابر وإن كان ابن جريج قال مرة عن عبد الرحمن بن سابط كما هو في رواية ابن أبي شيبة عنه . هذا وإنما سن النبي صلى الله عليه وسلم النحر قياما عملاً بظاهر قوله تعالى - فإذا وجبت جنوبها - والوجوب السقوط ، وتحققه في حال القيام أظهر (قوله نيفا وستين) ذكرنا آنفاً من حديث جابر أنها ثلاث وستون ، والنيف من واحد إلى ثلاث (قوله إلا أن الإنسان) عن أبي حنيفة : نحر بدنة قائمة فكدت أهلك

يعني بعد ما ذبحها في الحرم : وقوله (ولا يجب التعريف بالهدايا) أى الإتيان بها إلى عرفات . وقوله (على ما ذكرنا) إشارة إلى قوله لأنها لما وجبت لجبر نقصان كان التعجيل بها أولى لارتفاع نقصان به . وقوله (والأفضل في البدن النحر) ظاهر . وقوله (قيل في تأويله الجزور) يعني انحر الجزور وكلامه في الباقي واضح . وقوله (فنحر نيفا وستين) النيف بالتشديد كل ما كان بين عقدين وقد يخفف ، وعن المبرّد أنه من واجدة إلى

وخطامها ولا يغنى أجره الجزار منها) لقوله صلى الله عليه وسلم لعل رضى الله عنه « تصدق بجلالها وبخطمها ولا تعط أجر الجزار منها » (ومن ساق بدنة فاضطر إلى ركوبها ركبا ، وإن استغنى عن ذلك لم يركبها) لأنه جعلها خالصة لله تعالى ، فلا ينبغي أن يصرف شيئا من عينا أو منافعتها إلى نفسه إلى أن يبلغ محله ، إلا أن يحتاج إلى ركوبها لما روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يسوق بدنة فقال اركبها وبلك » وتأويله أنه كان عاجزا محتاجا ولو ركبها فانتقص بركوبه فعلية ضمان ما نقص من ذلك (وإن كان لها لبن لم يجلها) لأن اللبن متولد منها فلا يصرفه إلى حاجة نفسه (وينضح ضرعها بالماء البارد حتى ينقطع اللبن) ولكن هذا إذا كان قريبا من وقت الذبح

فتأما من الناس لأنها نفرت فاعتقدت أن لا أنحر الإبل بعد ذلك إلا بركة معقولة وأستعين بمن هو أقوى عليه منى . وفي الأصل : ولا أحب أن يذبحه يهودى ولا نصرانى ، فإن ذبحه جاز ، ولا ينبغي أن يذكر مع اسم الله تعالى غيره كأن يقول : اللهم تقبل من فلان لقوله عليه الصلاة والسلام « جردوا التسمية » ويكنى عن هذا أن ينويه أو يذكره قبل ذكر التسمية ثم يقول باسم الله والله أكبر ، كذا في المبسوط (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام لعل) روى الجماعة إلا الترمذى عن علي رضي الله عنه قال « أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أقوم على بدنه وأقسم جلودها وجلالها . وأمرنى أن لأعطي الجزار منها شيئا ، وقال : نحن نعطيها من عندنا » وفي لفظ « وأن أتصدق بجلودها وجلالها » ولم يقل فيه البخارى « ونحن نعطيها من عندنا » وفي لفظ « وأمره أن يقسم بدنه كلها لحومها وجلالها وجلودها في المساكين ولا يعطى في جزارتها منها شيئا ، قال السرقسطى : جزارتها بضم الجيم وكسرها فبالكسر المصدر ، وبالضم اسم للدين والرجلين والعنق ، وكان الجزارون يأخذونها في أجرتهم (قوله لما روى) في الصحيحين من حديث أبي هريرة رضى الله عنه « أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يسوق بدنة فقال له اركبها ، قال : إنها بدنة ، قال اركبها ، قال : فرأيت ركبها يسائر النبي صلى الله عليه وسلم » قال ابن العطار في شرح العمدة : لم نر اسم هذا المبهم . وقد اختلف في ركوب البدنة المهداة ؛ فعن بعضهم أنه واجب لإطلاق هذا الأمر مع ما فيه من مخالفة سيرة الجاهلية وهى بجانب السائبة والوصيلة والخامى . ورد هذا بأنه عليه الصلاة والسلام لم يركب هديه ولم يركبه ولا أمر الناس بركوب هداياهم . ومنهم من قال : له أن يركبها مطلقا من غير حاجة تمسكا بإطلاق هذا . وقال أصحابنا والشافعى رحمهم الله : لا يركبها إلا عند الحاجة حملا للأمر المذكور ، على أنه كان لما رأى عليه الصلاة والسلام من حاجة الرجل إلى ذلك ، ولا شك أنه في واقعة حال فاحتمل الحاجة به واحتمل عدمها ، فإن وجد دليل يفيد أحدهما حمل عليه وقد وجد من المعنى ما يفيد وهو أنه جعلها كلها لله تعالى فلا ينبغي أن يصرف منها شيئا لمنفعة نفسه فيجعل يحمل تلك الواقعة . ثم رأينا اشتراط الحاجة ثابتا بالسنة وهو ما في صحيح مسلم عن أبي الزبير قال : سمعت جابر بن عبد الله رضى الله عنهما يسأل عن ركوب الهدى فقال : سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول « اركبها بالمعروف إذا ألجئت إليها » فالمعنى يفيد منع الركوب مطلقا والسمع ورد بإطلاقه بشرط الحاجة رخصة فيبقى وراءه على المنع الأصلى الذى هو مقتضى المعنى لا بمفهوم الشرط . وفى الكافى للحاكم : فإن ركبها أو حمل متاعه عليها للضرورة ضمن ما نقصها ذلك : يعنى إن نقصها شيء من ذلك ضمنه (قوله وينضح ضرعها) أى يرشه بالماء وهو بكسر الضاد المعجمة من باب ضرب

ثلاث ، والنضح الرش والبل . ومنه ينضح ضرعها بكسر الضاد .

(١) (قوله فتأما) الفقام ككتاب : الجماعات من الناس كما في القاموس ، وما في بعض النسخ قياما بالقاف تحريف كتبه مصححه .

فإن كان بعيدا منه يحلبها ويتصدق بلبنها كي لا يضر ذلك بها ، وإن صرفه إلى حاجة نفسه تصدق بمثله أو بقيمته لأنه مضمون عليه (ومن ساق هديا فعطب ، فإن كان تطوعا فليس عليه غيره) لأن القرية تعلقت بهذا المحل وقد فات (وإن كان عن واجب فعليه أن يقيم غيره مقامه) لأن الواجب باق في ذمته (وإن أصابه عيب كبير يقيم غيره مقامه) لأن المعيب بمثله لا يتأدى به الواجب فلا بد من غيره (وصنع بالمعيب ماشاء) لأنه التحق بسائر أملاكه (وإذا عطبت البدنة في الطريق ، فإن كان تطوعا نحرها وصبغ نعلها بدمها وضرب بها صفقة سنامها ولا يأكل هو ولا غيره من الأغنياء) منها بذلك أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ناجية الأسلمي رضي الله عنه ، والمراد بالنعل قلايتها ، وفائدة ذلك أن يعلم الناس أنه هدى فيأكل منه الفقراء دون الأغنياء .

(قوله لأن القرية تعلقت بهذا المحل وقد فات) أورد عليه لم لا يكون كأضحية الفقير فإنها تطوع عليه ، وإذا اشتراها للتضحية يتعين عليه للوعد ما لا يتعين على الغنى ، حتى إن الغنى إذا اشترى أضحية فضلت فاشترى أخرى ثم وجد الأولى في أيام النحر كان له أن يضحى بأيهما شاء ، ولو كان معسرا فالواجب عليه أن يضحى بهما . أجب بأن ذلك فيما إذا أوجب الفقير بلسانه في كل من الشاتين بعد ما اشتراها للأضحية ، أما لو لم يوجب بلسانه فلا يجب عليه شيء بمجرد الشراء ، ذكره في النهاية . واستوضحه بمسئلة من فتاوى قاضيخان : لو اشترى الفقير الأضحية فأتت أو باعها لا تلزمه أخرى ، وكذا لو ضلت . واعلم أن معنى الإيراد أنهم ذكروا في غير موضع مسألة أضحية الفقير مطلقة عن الإيجاب بلسانه فردّها إلى التقييد به لازم ، وإلا لم يكن له معنى لظهور عدم الوجوب بلا إيجاب من الشرع أو العبد ، ولو كانت هذه البدنة عن واجب كان عليه أن يقيم غيرها مقامها لأن الواجب كان في ذمته شاة غير معينة ، وبشراء شاة للإسقاط لا تتعين عن ذلك الواجب ما لم تدبج عنه والذمة ما عنه يثبت في الآدى أهلية الإيجاب والاستيجاب (قوله وإن أصابه عيب كبير) بأن ذهب أكثر من ثلث الأذن مثلا على قول أبي حنيفة ، وعلى قول أبي يوسف ومحمد : إذا ذهب أكثر من النصف على ما يعرف في كتاب الأضحية إن شاء الله تعالى (قوله وإذا عطبت البدنة) أي قربت من العطب حتى خيف عليها الموت أو امتنع عليها السير لأن النحر بعد حقيقة الهلاك لا يكون . والحاصل أن المراد بالعطب الأول حقيقته وبالتالي القرب منه ، ذكره لبيان ما شرع فيه إذا بلغ هذه الحالة (قوله وبذلك أمر رسول الله عليه الصلاة والسلام) تقدم قريبا (قوله وفائدة ذلك) أي فائدة صبغ نعلها

وقوله (ومن ساق هديا فعطب) ظاهر . واعترض بأنه لم لا يكون كأضحية الفقير فإن عليه تطوع ومع ذلك وجب عليه إعادته إذا ضلت الشاة المشتراة لها ، حتى لو اشترى غيرها ثم وجد الضالة وجب عليه ذبحها . وأجب بأن ذلك فيما إذا أوجب الفقير بلسانه على نفسه في كل واحدة من الشاتين بعد ما اشتراها للأضحية ، حتى لو لم يفعل كذلك لا يجب عليه شيء بمجرد الشراء للأضحية قال في فتاوى قاضيخان : لو اشترى الفقير شاة للأضحية فأتت أو باعها لا تلزمه أخرى وكذا لو ضلت . والعيب الكبير هو أن يذهب أكثر من ثلث الأذن عند أبي حنيفة ، وعندهما هو أن يذهب أكثر من نصفها ، والعطب بفتحيتين : الهلاك ، ومعنى عطبت البدنة : أي قربت إلى العطب وبهذا خرج الجواب عما قيل هذا وقع مكررا بما قال أولا ومن ساق هديا

(قوله والعيب الكبير هو أن يذهب أكثر من ثلث الأذن عند أبي حنيفة رحمه الله) أقول : التخصيص بالأذن لم يظهر لي وجهه وإن قدر لفظ مثلا ، إلا أن يقال : وجهه وقوع العيب فيها غالبا (قال المصنف : لأن المعيب بمثله) أقول : لفظ المثل مقحم (قوله وبهذا خرج الجواب عما قيل هذا وقع مكررا) أقول : ويظهر هذا التأويل لا تكرار أيضا ، إذ لم يذكر في الأول صبغ النعل يالدم وغيره كما لا يخفى .

وهذا لأن الإذن بتناوله معلق بشرط بلوغه محله ، فينبغي أن لا يحل قبل ذلك أصلا ، إلا أن التصديق على الفقهاء أفضل من أن يتركه جزرا للسباع ، وفيه نوع تقرب والتقرب هو المقصود (فإن كانت واجبة أقام غيرها مقامها وصنع بها ماشاء) لأنه لم يبق صالحا لما عينه وهو ملكه كسائر أملاكه (وبقلد هدى التطوع والمتعة والقران) لأنه دم نسك ، وفي التقليد إظهاره وتشهيره فيليق به (ولا يقلد دم الإحصار ولا دم الجنايات) لأن سببها الجناية والستر أليق بها ، ودم الإحصار جابر فيلحق بجنسها . ثم ذكر الهدى ومراده البدنة لأنه لا يقلد الشاة عادة . ولا يسن تقليد هاعندنا لعدم فائدة التقليد على ماتقدم ، والله أعلم .

بدمها وضرب صفحتها به ليعلم أنه هدى (قوله جزرا للسباع) الجزر بفتح الحين : اللحم الذي تأكله السباع . قال الشاعر :
وتركه جزر السباع ينشته ما بين قلة رأسه والمعصم
وقال آخر :

إن يفعلوا فلقد تركت أباهما جزر الجامعة ونسر قشعم

(قوله وصنع بها ماشاء) من بيع وغيره (قوله ودم الإحصار جابر فيلحق بجنسها) أى يجنس الدماء الجارية وهى دماء الجنايات فلا يقلدها هدى الإحصار كما لا يقلد هدى الجنايات (قوله ومراده) يعنى أن قوله يقلد هدى التطوع والمتعة والقران عام أريد به الخصوص وهو البدنة فيدخل البقر دون الشاة (قوله على ماتقدم) يريد ما ذكره قبل باب القران من قوله وتقليد الشاة غير معتاد ، ولم يذكر هناك عدم الفائدة التى هى عدم الضياع ، فإن الغنم تضعع إذا لم يكن معها صاحبها .

[فروع من ظاهر الرواية من الأصل مشروحة فى المبسوط] كل من وجب عليه دم من المناسك جاز له أن يشارك ستة نفر قد وجب الدماء عليهم وإن اختلفت أجناسها من دم متعة وإحصار وجزاء صيد وغير ذلك . ولو كان الكل من جنس واحد كان أحب إلى ، فإن اشترى بدنة لمتعة مثلا ثم اشترك فيها ستة بعد ما أوجبها لنفسه خاصة لا يسعه ذلك لأنه لما أوجبها صار الكل واجبا عليه قدر ما يجرى فى هدى المتعة كان واجبا عليه ، وما زاد على ذلك وجب بلإيجابه . وليس له أن يبيع شيئا مما أوجبه هديا ، فإن فعل فعليه أن يتصدق بالثمن ، وإن كان نوى أن يشترك معه فيها ستة نفر أجزأته . لأنه ما أوجب الكل على نفسه بالشراء ، فإن لم تكن له نية عند الشراء ولكن لم يوجبها حتى أشرك الستة جاز ، والأفضل أن يكون ابتداء الشراء منهم أو من أحدهم بأمر الباقي حتى تثبت الشركة فى الابتداء ، وإذا ولدت البدنة بعد ما اشترى لها هديه ذبح ولدها معها لأنه جعلها لله تعالى خالصة والولد جزء منها ثم انفصل بعد ما سرى إليه حق الله تعالى فعليه أن يذبحه معها . ولو باع الولد فعليه قيمته ، فإن اشترى بها هديا فحسن ، وإن تصدق بها فحسن اعتبارا بالقيمة بالولد ، فإن الأفضل أن يذبح ، ولو تصدق به كذلك أجزأ فكذاك بالقيمة ، وإذا مات أحد الشركاء فرضى وارثه أن ينحرها معهم عن الميت أجزأهم استحسانا

فعطب لأن ذاك فى حقيقة العطب وهذا فى الإشراف عليه ، والجزر بفتح الحين : اللحم الذى يأكله السباع . وقوله (على ماتقدم) إشارة إلى ما ذكر قبيل باب القران بقوله وتقليد الشاة غير معتاد وليس بسنة .

(قال المصنف : لأن الأذن يتناوله معلق بشرط بلوغه محله فينبغي أن لا يحل قبل ذلك أصلا) أقول : فيه بحث ، لأن مفهوم الشرط لا يعتبر عندنا (قال المصنف : فإن كانت واجبة أقام غيرها مقامها الخ) أقول : كان الأنسب أن يقال : وإن كانت بالواو .

مسائل منشورة

(أهل عرفة إذا وقفوا في يوم وشهد قوم أنهم وقفوا يوم النحر أجزأهم) والقياس أن لا يجزيهم اعتبارا بما إذا وقفوا يوم التروية ، وهذا لأنه عبادة تختص بزمان ومكان فلا يقع عبادة دونهما . وجه الاستحسان أن هذه

وفي القياس لا يجزيهم لأن الميت لم يوص به فقد انقطع حق القرية عن نصيبه فصار ميراثا ، وهذا التقرب تقرب بطريق الإتلاف وذلك لا يجوز عن الميت إلا بأمره كالعتق ولكنه استحسن فقال : يجوز لأن المقصود هو التصديق وتقرب الوارث بالتصدق عن الميت صحيح بلا إيصاء ، فكذا تقربه بإبقاء ما قصد المورث بنصيبه بإراقة الدم والتصدق به يكون صحيحا ، ولو كان أحد الشركاء كافرا أو مسلما يريد به اللحم دون الهدى لم يجزهم لأن الإراقة واحدة ، فلا يتصور أن يجتمع فيها القرية وعدمها ، وأى الشركاء نحرها يوم النحر أجزأ عن الكل ، وإذا غلط رجلان فذبح كل منهما هدى صاحبه أجزأهما استحسانا لا في القياس لأن كلا غير مأمور من جهة الآخر فصار ضامنا ، لكنه استحسن فقال : كل مأذون فيما صنع دلالة لأن صاحب الهدى يستعين بكل أحدعادة فكان كالإفصاح بالإذن ويأخذ كل منهما هديه من صاحبه . وعن أبي يوسف : كل منهما بالخيار بين أن يأخذ من صاحبه هديه ، وبين أن يضمه فيشترى بالقيمة هديا آخر يذبحه في أيام النحر وإن كان بعدها تصدق بالقيمة ، وجميع ما ذكرناه في الهدى مثله في الأضحية . ومن اشترى هديا فضله فاشترى مكانه آخر وأوجبه ثم وجد الأول ، فإن نحرهما فهو أفضل ، وإن نحر الأول وباع الثاني جاز لأن الثاني لم يكن واجبا عليه ، وإن باع الأول وذبح الثاني أجزأه إلا أن تكون قيمة الأول أكثر فيتصدق بالفضل . وهدى المتعة والتطوع في هذا سواء لأنهما صارا لله تعالى إذ جعلهما هديا في الوجهين جميعا ، وإن ساق بدنة لا ينوي بها الهدى قال : إن كان ساقها إلى مكة فهي هدى ، وأراد بهذا إذا قلدها وساقها لأن هذا لا يفعل عادة إلا بالهدى فكان سوقها بعد إظهار علامة الهدى عليها بمنزلة جعله إياها باسانه هديا .

(مسائل منشورة)

من عادة المصنفين أن يذكروا عقيب الأبواب ما شذ منها من المسائل فتصير مسائل من أبواب متفرقة فتترجم نارة بمسائل منشورة وتارة بمسائل شتى (قوله وشهد قوم) صورتها أن يشهدوا أنهم رأوا هلال ذى الحجة في ليلة

(مسائل منشورة)

من عادة المصنفين أن يذكروا في آخر الكتاب ما شذ وندر من المسائل في الأبواب السالفة في فصل على حدة كثيرا للفائدة ، ويترجموا عنه بمسائل منشورة أو مسائل متفرقة أو مسائل شتى أو مسائل لم تدخل في الأبواب ،

(مسائل منشورة)

(قال المصنف : أهل عرفة إذا وقفوا في يوم وشهد قوم أنهم وقفوا يوم النحر أجزأهم) والقياس أن لا يجزيهم اعتبارا بما إذا وقفوا يوم التروية (الخ) أقول : قال صدر الشريعة في شرحه للوقاية : لفظ الهداية اعتبارا بما إذا وقفوا يوم التروية . وقد كتب في الحواشي : شهد قوم أن الناس وقفوا يوم التروية . أقول : صورة هذه المسئلة مشكلة ، لأن هذه الشهادة لا تكون إلا بأن الهلال لم ير ليلة كذا وهو ليلة يوم الثلاثين بل رأى ليلة بعده وكان شهر ذى القعدة تماما ، ومثل هذه الشهادة لا تقبل لاحتمال كون ذى القعدة تسعة وعشرين .

شهادة قامت على النفي وعلى أمر لا يدخل تحت الحكم لأن المقصود منها نفي حجهم ، والحج لا يدخل تحت الحكم فلا تقبل ، ولأن فيه بلوى عاما لتعذر الاحتراز عنه والتدراك غير ممكن ، وفي الأمر بالإعادة حرج بين فوجب أن يكتفى به عند الاشتباه ، بخلاف ما إذا وقفوا يوم التروية لأن التدراك ممكن في الجملة بأن يزول الاشتباه

كذا اليوم يكون يوم الوقوف منه العاشر ، وذكر للاستحسان أوجها : أحدها أنها قامت على النفي : أي نفي جواز الوقوف وما لا يدخل تحت الحكم ، وليس هذا بشيء لأنها قامت على الإثبات حقيقة وهو رؤية الهلال في ليلة قبل رؤية أهل الموقف ، ثم هو يستلزم عدم جواز وقوفهم ، ولا حاجة إلى الحكم بل الفتوى تفيد عدم سقوط القرض فيخاطب به ، وعدم سقوطه هو المراد ههنا وصار كما لو رآه أهل الموقف كذلك ثم أخروا الوقوف . ثانيها أن شهادتهم مقبولة لما ذكرنا ، لكن لا يستلزم عدم صحة الوقوف لعدم وقوعه في وقته بل قد وقع في وقته شرعا ، وهو اليوم الذي وقف فيه الناس على اعتقادهم أنه التاسع لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال « صومكم يوم تصومون وفطركم يوم تفطرون وعرفتكم يوم تعرفون وأضحاكم يوم تضحون » أي أن وقت الوقوف بعرفة عند الله تعالى اليوم الذي يقف فيه الناس عن اجتهد ورأى أنه يوم عرفة . ثالثها أنها مقبولة لكن وقوفهم جائز لأن هذا النوع من الاشتباه مما يغلب ولا يمكن التحرز عنه ، فلم يحكم بالجواز بعد الاجتهاد لزم الحرج الشديد وقد نفاه بفضله الغنى عن العالمين . وهذا الوجه يصلح بيانا بالحكمة الدليل السمعى المذكور فيما قبله ، وإذا كانت هذه الشهادة لا يترتب عليها عدم صحة الوقوف فلا فائدة في سماعها للإمام فلا يسمعها لأن سماعها يشهرها بين عامة الناس من أهل الموقف فيكثر القيل والقال فيها وتثور الفتنة وتتكدس قلوب المسلمين بالشك في صحة حجهم بعد طول عنايتهم ، فإذا جاءوا ليشهدوا يقول لهم انصرفوا لانسمع هذه الشهادة قد تم حج الناس . وهل يجوز وقوف الشهود ؟ روى هشام عن محمد أنه يجوز وقوفهم وحجهم . قال محمد رحمه الله : وإذا كان من رأى الهلال وقف يوم عرفة : يعنى في اليوم الذي شهد لم يجز وقوفه وعليه أن يعيد الوقوف مع الإمام لأن يوم النحر جاز أن يكون يوم الحج في حق الجماعة ، ووقت الوقوف لا يجوز أن يختلف فيه فلا يعتد بما فعله بانفراده ، وكذا إذا أخر الإمام الوقوف لمعنى يسوغ فيه الاجتهاد لم يجز وقوف من وقف قبله . فإن شهد شاهدان بهلال ذى الحجة فردت شهادتهما لأنه لاعلة بالساء فوقف بشهادتهما قوم قبل الإمام لم يجز وقوفهم لأنه أخره بسبب يجوز العمل عليه في الشرع فصار كما لو أخره للاشتباه (قوله بخلاف ما إذا وقفوا يوم التروية لأن التدراك ممكن) يعنى إذا ظهر لهم خطوهم والكلام في تصوير ذلك ، ولا شك أن وقوفهم يوم التروية على أنه التاسع لا يعارضه شهادة من شهد أنه الثامن لأن اعتقاده أنه الثامن إنما يكون بناء على أن أول ذى الحجة ثبت بإكمال عدة ذى القعدة واعتقاده التاسع بناء على أنه رأى

وصورة المسئلة أن يشهد قوم أنهم رأوا هلال ذى الحجة في ليلة كان اليوم الذي وقفوا فيه اليوم العاشر ، وكلامه

وصورة المسئلة أن الناس وقفوا ثم علموا بعد الوقوف أنهم غلطوا في الحساب وكان الوقوف يوم التروية ، فإن علم هذا المعنى قبل الوقت بحيث يمكن التدراك فإن الإمام يأمر الناس بالوقوف ، وإن علم ذلك في وقت لا يمكن تدراكه فبناء على الدليل الأول وهو إمكان التدراك ينبغي أن لا يعتبر هذا المعنى ، ويقال : قد تم حج الناس ، أما بناء على الدليل الثاني وهو أن جواز المقدم لانظير له لا يصح الحج اه . وفيه بحث ، فإن الدليل الأول هو عدم إمكان التدراك أصلا ، وفي الوقوف يوم التروية كان ممكنا في الجملة كما أشار إليه في الكتاب ، ولا يضر انسداده باب الإمكان بأن لا يعلم ذلك إلا بعد الوقت لسان الحال . قال في الجامع الصغير للإمام قاضيخان : لو تبين أنهم وقفوا يوم التروية لا يجوز لهم

يوم عرفة ، ولأن جواز المؤخر له نظير ولا كذلك جواز المقدم . قالوا : ينبغي للحاكم أن لا يسمع هذه الشهادة ويقول قد تم حج الناس فانصرفوا لأنه ليس فيها إلا إيقاع الفتنة . وكذا إذا شهدوا عشية عرفة بروية الهلال ، ولا يمكنه الوقوف في بقية الليل مع الناس أو أكثرهم لم يعمل بتلك الشهادة . قال (ومن رى في اليوم الثاني الجمرة الوسطى والثالثة ولم يرم الأول ، فإن رى الأولى ثم الباقيتين فحسن) لأنه راعى الترتيب المسنون (ولوروى الأولى وحدها أجزأه) لأنه تدارك المتروك في وقته ، وإنما ترك الترتيب . وقال الشافعي رحمه الله : لا يجزئه ما لم يعد الكل لأنه شرع مرتبا فصار كما إذا سعى قبل الطواف أو بدأ بالمرورة قبل الصفا . ولنا أن كل جمرة قرينة مقصودة بنفسها

قبل الثلاثين من ذي القعدة فهذه شهادة على الإثبات . والقائلون إنه الثامن حاصل ما عندهم نفي محض ، وهو أنهم لم يروا ليلة الثلاثين من ذي القعدة ورآه الذين شهدوا فهي شهادة مقبولة لامعارض لها (قوله وكذا إذا شهدوا عشية عرفة) بأن شهدوا في الليلة التي هم بها في منى متوجهين إلى عرفات أن اليوم الذي خرجنا به من مكة المسمى بيوم التروية كان التاسع لا الثامن ، ولا يمكنه الوقوف بأن يسير إلى عرفات في تلك الليلة ليقف ليلة النحر بالناس أو أكثرهم لم يعمل بها ويقف من الغد بعد الزوال لأنهم وإن شهدوا عشية عرفة لكن لما تعذر الوقوف فيها بقي من الليل صار كشهادتهم بعد الوقت ، وإن كان الإمام يمكنه الوقوف في الليل مع الناس أو أكثرهم ولا يدركه ضعفه الناس لزمه الوقوف ثانيا ، فإن لم يقف فات حجه ترك الوقوف في وقته مع القدرة عليه (قوله ولنا أن كل جمرة قرينة مقصودة بنفسها) فلا يتعلق جواز رى إحداها برى أخرى ، هذا هو الأصل في القرب المتساوية الرتب . ولولا ورود النص في قضاء الفوائت بالترتيب قلنا لا يلزم فيها أيضا ، بخلاف ترتيب السعي على الطواف لأنه اعتبر تبعا حتى لا يشرع إلا عقيب طواف ، وبخلاف المروءة فإن البداءة من الصفا قد ثبتت

واضح لا يقبل الشرح : وقوله (وكذا إذا شهدوا عشية عرفة) صورته أن الشهود شهدوا في الطريق قبل أن يلحقوا عرفات عشية عرفة وقالوا : رأينا هلال ذي الحجة وهذا اليوم هو التاسع ، فإن كان الإمام لا يلحق الوقوف في بقية الليل مع أكثر الناس لا تسمع هذه الشهادة ويقفون من الغد بعد الزوال لأنهم لما شهدوا وقد تعذر الوقوف صار كأنهم شهدوا بعد الوقت فلا تسمع وإن كان يلحق الوقوف مع أكثر الناس ، ولكن لا يلحق الضعفة فإن ، وقف جازوا لإفادات الحج لأنه ترك الوقوف مع العلم به والقدرة عليه لأن المعتبر قلدة الأكثر دون الأقل (ومن رى في اليوم الثاني الجمرة الوسطى والثالثة ولم يرم الأول) يعني التي تلي مسجد الخيف ثم جاء يعبد الرمي في يومه ، فإن اقتصر على رى التي تركها أجزأه لأنه أتى بأصل الرمي في وقته ، وإنما ترك المسنون من الترتيب وذلك لا يوجب عليه شيئا ، وإن أعاد الجمار الثلاث فحسن لما فيه من مراعاة سنة الترتيب ، وهذا نظير ما سبق أن الطائف إذا دخل الحطيم في طوافه لا ينبغي له ذلك ، فإن أعاد على الحطيم وحده أجزأه ، وإن أعاد الطواف كله كان حسنا (وقال الشافعي : لا يجزئه ما لم يعد الكل لأنه شرع مرتبا) ترتيبا صار به الثاني كالجزم من الأول بدليل أنه إذا ترك الكل يجب دم واحد فلا يجوز التفريق فيما بينهما فصار ترك الترتيب فيها كتقديم السعي على الطواف أو الابتداء بالمرورة قبل الصفا ، بخلاف الصلوات فإن كل واحدة منها قرينة مقصودة بذاتها فلا يكون الترتيب بينها واجبا (ولنا أن كل جمرة قرينة مقصودة بنفسها) لتعلق كل منها ببقعة على حدة والبقعة في باب الحج

وإن لم يعلموا بذلك إلا يوم النحر (قوله فإن اقتصر على رى التي تركها الخ) أقول : أي على رى الجمرة التي تركها .

فلا يتعلق الجواز بتقديم البعض على البعض ، بخلاف السعي لأنه تابع للطواف لأنه دونه ، والمروءة عرفت منتهى السعي بالنص فلا تتعلق بها البداءة . قال (ومن جعل على نفسه أن يحج ماشيا فإنه لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة) وفي الأصل خيره بين الركوب والمشى ، وهذا إشارة إلى الوجوب ،

بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم « ابدعوا بما بدأ الله به » بصيغة الأمر على ما قدمناه من تحريجه . فالترتيب الواقع فعلا منه صلى الله عليه وسلم محمول على السنة إذ مجرد الفعل لا يفيد أكثر من ذلك . وقد تضمن هذا التقرير منع ما قيل من قبل الشافعي إن رمى الجمار قربة واحدة بدليل لزوم دم واحد في ترك كلها . قلنا : إقامتها في أماكن مختلفة ظاهر في التعدد فيجب البقاء معه حتى يوجب الخروج عنه موجب ، وتماثل الأعمال لا يوجب بل هي أولى بالتعدد من الأسابيع المتعددة من الطواف لأنها تقام في محل واحد ، واتحاد الدم ليس للوحدة الحقيقية شرعا بل يثبت مع التعدد عند اتحاد الجنس في الجنائيات رحمة وفضلا على ما عرف في شرب الخمر وزنا غير المحصن مرارا إذا ثبتت كلها يلزم موجب واحد ، فكذا الدم لأن لزومه موجب جنابة . ولو سلم اعتبارها واحدة في حق حكم لا يلزم اعتبارها كذلك في حق كل حكم مع قيام التعدد الحقيقي بل في خصوص ذلك المحل . هذا مع أن المعقول في محل اعتبارها واحدة وهو موضع الجنابة الحكم بتدخلها فضلا وهو منتف في ترك الترتيب (قوله ومن جعل على نفسه أن يحج ماشيا فإنه لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة) وهذا لأنه ألزم القربة بصفة الكمال فتلزمه بتلك الصفة كالإزام بالتتابع في الصوم (وفي الأصل خيره بين أن يركب وبين أن يمشى . وهذا) أعنى ما في الجامع وهو قوله لا يركب حتى يطوف (إشارة إلى الوجوب) وهو الظاهر لما قلنا ؛ وإنما انتهى المشى بالطواف لأنه منتهى أعمال الحج . فإن قيل : فقد كره أبو حنيفة الحج ماشيا فكيف يكون صفة كمال ؟ قلنا إنما كرهه إذا كان مظنة سوء خلق الفاعل له كأن يكون صاعنا مع المشى أو ممن لا يطبق المشى فيكون سببا للمأثم من مجادلة الرفيق والخصومة ، وإلا فلا شك أن المشى أفضل في نفسه لأنه أقرب إلى التواضع والتذلل . وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال لما كف بصره : ما أسفت على شئ كأسفت على أن لم أحج ماشيا . فإن الله تعالى قدم المشاة فقال تعالى - يأتوك رجالا وعلى كل ضامر - وعنه صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من حج ماشيا كتب له بكل خطوة

أصل فكان ما شرع فيه أصلا فلا يتعلق جواز البعض ببعض ، ألا ترى أنه لو أعاد مرتبا كان مؤديا لا قاضيا . بخلاف الصلوات فإن النص فيها ناطق بأن من صلى بلا ترتيب صلى قبل وقتها فلا يجوز . وقوله (لأنه دونه) أى لأن السعي دون الطواف يعني أحط منزلة من الطواف لأن الطواف فرض كطواف الزيارة أو من جنس الفرض كطواف القدوم ، وأما السعي فواجب على كل حال فكان دون الطواف فصلح أن يكون تابعا للطواف . وقوله (والمروءة عرفت منتهى السعي بالنص) وهو قوله عليه الصلاة والسلام « ابدعوا بما بدأ الله به » أراد به قوله تعالى - إن الصفا والمروة من شعائر الله - (فلا تتعلق بها البداءة) قال (ومن جعل على نفسه أن يحج ماشيا) أى ومن نذر أن يحج ماشيا وجب عليه أن لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة وهو رواية الجامع الصغير وهو الصحيح (وخير في الأصل) يعني المبسوط (بين الركوب والمشى) بعد النذر لأن الحج ماشيا يكره وراكبا أفضل لكنه ورد فيه النص على ما نذكره فكان محيرا . وقوله (وهذا) إشارة إلى قوله لا يركب ، يعني رواية الجامع الصغير تقتضي ترك الركوب على

(قوله لأن الحج ماشيا يكره وراكبا أفضل لكنه ورد فيه النص الخ) أقول : إذا ورد فيه النص كيف يكره ؟

حسنة من حسنات الحرم ، قيل ما حسنات الحرم ؟ قال : كل حسنة بسبعمائة . لا يقال : لانظير للمشى في الواجبات ، ومن شرط صحة النذر أن يكون من جنس المنذور واجب على ما ذكرته في كتاب الصوم . لأننا نقول : بل له نظير ، وهو مشى المكي الذي لا يجد الراحة وهو قادر على المشى ، فإنه يجب عليه أن يحج ماشيا ونفس الطواف أيضا . ثم اختلف المشايخ في محل ابتداء وجوب المشى لأن محمدا لم يذكره قيل من الميقات ، والأصح أنه من بيته لأنه المراد عرفا ، ويدل عليه من الرواية ما عن أبي حنيفة : لو أن بغداديا قال : إن كلمت فلانا فعلى أن أحج ماشيا فلقبه بالكوفة فكلمه فعليه أن يمشى من بغداد ، ولو أحرم من بيته فالافتاق على أنه يمشى من بيته ، وقد عرف من هذا أن لافرق في الوجوب بين أن ينجز النذر أو يعاقله كإن شفى الله مريضاً أو قدم زيد فعلى حجة أو عمرة . ولا فرق بين قوله لله على أو على حجة في الإيجاب ، ولو قال على المشى إلى بيت الله ولم يذكر حجة ولا عمرة فحنت فعليه أحد النسكين حجة أو عمرة استحسانا . وفي القياس لا شيء عليه . وجه الاستحسان أنه قد تعورف إيجاب النسك بهذا اللفظ : فكان كقوله على أحد النسكين ، فإن جعلها حجة مشى فلم يركب حتى يطوف أو عمرة مشى حتى يخلق . ولو قرنها بحجة الإسلام جاز . فإن ركب فعليه دم مع دم القرآن لأنه ترك واجبا ، ولو نذر حجة ماشيا ثم أحرم من الميقات بعمرة تطوعا ثم أضاف إليها الحجة أجزأه ما لم يطف لعمرة وهو قارن ، ولو أحرم بعد ما طاف لعمرة لم يجز وعليه دم ، وكل من نذر وقال إن شاء الله تعالى متصلا لم يلزمه شيء .

واعلم أن مقتضى الأصل أن لا يخرج عن عهدة النذر إذا ركب كما لو نذر الصوم متتابعا فقطع التتابع ، ولكن ثبت ذلك في الحج نصا فوجب العمل به ، وهو ما عن ابن عباس رضي الله عنهما « أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تمشى إلى البيت ، فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تركب وتهدي هديا » رواه أبو داود وسنده حجة . وما في رواية مسلم أنه قال صلى الله عليه وسلم فيها « لتمشى ولتركب » ولم يزد في هذه الرواية على ذلك ، فحُمول على ذكر بعض المروى بدليل ما صرح به الرواية الأخرى ، ثم إطلاق الركوب في الروايتين محمول على علمه بعبجها عن المشى بدليل ما في الرواية الأخرى لأبي داود عن ابن عباس رضي الله عنهما « أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تحج ماشية وإنها لا تطيق المشى ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : إن الله لغني عن مشى أختك ، فلتركب ولتهدي بدنة » إلا أنه عمل بإطلاق الهدى من غير تعيين بدنة لقوة روايتها . وإذا عرف أن إيجاب النسك بنذر المشى إلى بيت الله تعالى لتعارف إرادة ذلك عرف أنه مقيد بما إذا لم تكن له نية غيره ، فلو نوى به المشى إلى مسجد المدينة المكرمة أو مسجد بيت المقدس أو مسجد غيرها لم يلزمه شيء . أما صحة نيته فلمطابقتها للفظه إذ المساجد كلها بيوت الله تعالى ، وإذا صحت لم يلزمه شيء لأن سائر المساجد يجوز الدخول فيها بلا إحرام فلا يصير به ملتزما للإحرام وقوله على المشى إلى مكة أو الكعبة فهو كقوله إلى بيت الله . ولو قال على المشى إلى الحرم أو المسجد الحرام لا شيء عليه عند أبي حنيفة لعدم العرف في التزام النسك به ، وقالا : يلزمه النسك أخذنا بالاحتياط لأنه لا يتوصل إلى الحرم ولا المسجد الحرام إلا بالإحرام فكان بذلك ملتزما للإحرام ، كذا في المبسوط . وقوله أوجه إن لم يكن عرف فإن الالتزام للنسك بهذا اللفظ ليس مدلولا وضعا بل عرفيا ، فكون التوصل في الخارج بالفعل إلى المسجد الحرام ليس إلا بالإحرام لا يوجب أن نفس اللفظ يفيد إذا تأملت قليلا . وأما كون التوصل إلى الحرم أيضا

سبيل الوجوب لأنه أخبر عنه بصيغة النفي وهو يدل على عدم المشروعية فكان الركوب غير مشروع

يستدعى الإحرام فليس بصحيح لأنه لو لم ينو الآفاق إلا مكانا في الحرم لحاجة أو لا جاز له الوصول إليه بلا إحرام . واتفقوا على أن لا لزوم لو قال إلى الصفا أو المروة أو مقام إبراهيم عليه الصلاة والسلام ، مع أنه لا يتوصل إليها بالفعل إلا بالإحرام شرعا ، فعرف أن المدار تعارف الإيجاب باللفظ الخاص ، وكذا لو قال مكان المشى غيره والباقي بحاله لا يلزم كقوله على الذهاب إلى بيت الله أو الخروج أو السفر لشيء عليه . بخلاف قوله الله على أو على إحرام حيث يلزم أحد النسكين وإن لم يتعارف الإيجاب به لإفادته التزام الإحرام وضعاً ، وكذا إذا قال على الركوب أو الإتيان لشيء فيه . وكذا الشد والهرولة ، وكذا لو قال على المشى إلى أستار الكعبة أو بابها أو ميزابها أو عرفات أو مزدلفة أو مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم لعدم تعارف إيجاب النسك به ، وفي موضع إلى الحجر الأسود إلى مقام إبراهيم إلى الركن يلزم . وإلى أسطوانة البيت أوزم لم يلزمه . وما قدمناه آنفاً في مقام إبراهيم من عدم الزوم المذكور في المبسوط . ولو قال على نصف حجة فعليه حجة عند محمد . وعن أبي يوسف فيه روايتان . وفي المبسوط : لو قال : إن فعلت كذا فأنا أحرم فإن نوى به العدة فلا شيء عليه أو الإيجاب لزمه إذا فعل ذلك حجة أو عمرة وإن لم يكن له نية فالقياس أن لا يلزمه شيء . وفي الاستحسان يلزمه للعرف في إرادة التحقيق لمثله للحال كقول المؤذن والشاهد أشهد . ومثله ما ذكر فيه لو قال أنا أمشي إلى بيت الله إن نوى العدة لشيء عليه ولكن يندب الوفاء بالوعد ، وإن نوى النذر كان نذراً ، وكذا إذا لم يكن له نية فهو نذر للعادة اهـ . وهذا يتوقف على ثبوت العرف في النذر بذلك ، والله سبحانه وتعالى أعلم . وفي الخلاصة : لو قال أنا أحج لأحج عليه ، ولو قال إن دخلت فأنا أحج يلزمه عند الشرط كأنه علقه لأن تعارف الإيجاب به إنما هو في التعليق ، ولو قال إن عافاني الله تعالى من مرضي هذا فعلى حجة فبرأ لزمته ، فإذا حج جاز ذلك عن حجة الإسلام إلا أن ينوى غيرها ، لأن الغالب أن يريد به المريض الذي فرط في الفرض حتى مرض ذلك . وفي بعض الكتب فرق بين قوله فعلى حجة حيث يلزمه حجة سوى حجة الإسلام ، إلا أن يعنى به ماوجب عليه وبين قوله فعلى أن أحج حيث يجزى عن حجة الإسلام إلا أن ينوى غيرها ، وما ذكرناه قبل في الخلاصة ، ومنهم من حكى خلافاً في مثله بينهما قال ألزم حجة ثم حج من عامه حجة الإسلام سقط عنه ما ألزم عند أبي يوسف خلافاً لمحمد . ومن نذر مائة حجة ونحوها اختلفوا فيه . هل تلزمه كلها فيلزمه الإيصاء بها أو يلزمه قدر ما عاش ؟ ففي الخلاصة نص على لزوم الكل . وذكر غيره عن أبي يوسف ومحمد الثاني واختاره السروجي وقبله شداد . ألحق بما لو قال على أن أحج سنة عشرين فمات قبلها لا يلزمه شيء . وقد يعكر عليه ما عن أبي يوسف : لو قال لله على أن أحج وذلك في غير أشهر الحج فمات قبل أشهر الحج لزمته حجة . والحق أن لزوم الكل للفرق بين الالتزام ابتداء وإضافته . ولو قال عشر حجج في هذه السنة لزمه عشر في عشر سنين ، ومن قال ثلاثين حجة ونحوها فأحج عنه ثلاثين رجلاً في سنة جاز ، وكلما عاش الناذر بعد ذلك سنة بطلت منها حجة فعليه أن يحجها بنفسه لأنه قدر عليها بنفسه فظهر عدم صحة إحجاجها ، فإن لم يحج لزمه الإيصاء بقدر ما عاش من بعد الإحجاج ، ومن نذر أن يحج في سنة كذا فحج قبلها جاز عند أبي يوسف خلافاً لمحمد ، وقول أبي يوسف أقيس بما قدمناه في نذر الصوم فارجع إليه ولا بد من نية المنذور إن لم يكن قصده حجة الإسلام على ما ذكرنا في نذر المريض . وما في المتن : نذر أن يحج

وهو الأصل لأنه التزم القربة بصفة الكمال فتلزمه بتلك الصفة ، كما إذا نذر بالصوم متتابعاً

فحج ولا نية له فهو تطوع عن أبي يوسف ، وقال هشام : عن حجة الإسلام لا يستلزم خلافاً ، إذ لا خلاف في تأدي فرض الحج بإطلاق النية عندنا ، وما عن أبي يوسف فيما إذا لم يكن عليه حجة الإسلام ، وما عن هشام فيما إذا كان عليه بالضرورة فقد اتفقا على أن لا يتصرف إلى المنذور بلا نية . ومن قال إن كلمت فلانا فعلى حجة يوم أكلمه فكلمه لا يصير محرماً بها بل لزمته يفعلها متى شاء ، كما لو قال على حجة اليوم إنما تلزمه في ذمته يحرم بها متى شاء . ولو قال لرجل على حجة إن شئت فقال شئت لزمته ، وكذا إن شاء فلان فشاء ، وهل تقتصر مشيئة فلان على مجلس بلوغه ذلك الخبر ؟ اختلف فيه ، والأصح أن لا تقتصر ، بخلاف تعليق الطلاق بمشيئته لأن الطلاق يقبل التملك إذا كان مملوكاً للحالف فكان تملكها من ذي المشيئة فاستدعى جوابه في المجلس لأن التملكيات تستدعى جواباً في المجلس وليس مانع فيه من ذلك فانتفى موجب الاقتصار عليه . ومن قال : إن فعلت كذا فعلى أن أحج بفلان ، فإن نوى أحج وهو معنى فعله أن يحج وليس عليه أن يحج به ، وإن نوى أن يحججه فعليه أن يحججه لأن الباء للإلصاق فقد ألصق فلانا بحججه . وهذا يحتمل معنيين أن يحج فلان معه في الطريق وأن يعطى فلانا ما يحج به من المال ، والتزام الأول بالنذر غير صحيح والثاني صحيح لأن الحج يؤدي بالمال عند اليأس من الأداء فكان هذا في حكم البذل وحكم البذل حكم الأصل فيصح التزامه بالبذل كما يصح التزامه بالأصل ، فإذا نوى الوجه الأول عملت نيته لاحتمال كلامه . ولكن النوى لا يصح التزامه بالنذر فلا يلزمه شيء وإنما عليه أن يحج بنفسه خاصة ، وإن نوى الثاني لزمه فيما أن يعطيه من المال ما يحج به أو يحججه مع نفسه ليحصل الوفاء بالنذر ، فإن لم يكن له نية أصلاً فعليه أن يحج وليس عليه أن يحج فلانا لأن لفظه في حق فلان يحتمل الوجوب وعدمه ، والمعين للوجوب فيه ليس إلا النية وقد فقدت ، ولو كان قال فعلى أن أحج فلانا فهذا محكم والنذر به صحيح . ومن نذر أن يطوف زحفاً فطاف كذلك قيل لا يلزمه شيء ، كما لو نذر أن يصلي قاعداً ، وقيل عليه الإعادة ، فإن رجع قبل أن يعيد فعليه دم . وهذا أوجه لأن الصلاة عهد شرعيتها قائماً وقاعداً فعلا في الاختيار فالإعادة قاعداً التزام أحد صنفها : بخلاف الطواف النفل فالإعادة حالة القدرة على المشي كالتزام الصلاة لإتمام حالة القدرة على الركوع والسجود . وسند ذكر خاتمة في نذر الهدى والمجاورة وزيارة قبر النبي صلى الله عليه وسلم

وهو الأصل) أى الموافق للقواعد لأن من أوجب على نفسه شيئاً على وجه الكمال لا يتأدى ناقصاً ، والمشى في الحج صفة كمال قال صلى الله عليه وسلم « من حج ماشياً فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم ، قيل وما حسنات الحرم ؟ قال : كل حسنة بسبع مائة » وروى عن ابن عباس أنه قال بعد ما كف بصره : ما تأسفت على شيء كتأسفت على أنى لم أحج ماشياً ، فإن الله تعالى قدم المشاة فقال تعالى - يأتوك رجالاً وعلى كل ضامر - فصار كما إذا نذر بالصوم متتابعاً لا يتأدى متفرقاً . واعترض بوجهين : أحدهما أن النذر لا يصح إلا بما له نظير في المشروعات المقروضة أو الواجبة ، وليس للمشى نظير . والثاني أن أبا حنيفة رحمه الله كره المشى في طريق الحج ، فما وجه ما ذكره في الكتاب فإنه يناقض ذلك . وأجيب عن الأول بأن له أصلاً وهو أن المكى الفقير إذا لم يملك الزاد والراحلة وأمكنه المشى إلى عرفات وجب عليه الحج ماشياً . وعن الثاني بأن أبا حنيفة ما كره المشى مطلقاً وإنما كرهه أجمع بين

(قوله فما وجه ما ذكره في الكتاب) أقول : التزم للقربة بصفة الكمال .

وأفعال الحج تنتهي بطواف الزيارة فيمشي إلى أن يطوفه . ثم قيل : يتبدئ المشي من حين يحرم ، وقبل من بيته لأن الظاهر أنه هو المراد ، ولو ركبا أراق دما لأنه أدخل نقصا فيه ، قالوا إنما يركب إذا بعدت المسافة وشق عليه المشي ، وإذا قربت والرجل ممن يعتاد المشي ولا يشق عليه ينبغي أن لا يركب (ومن باع جارية محرمة قد أذن لها مولاهما في ذلك فلامشترى أن يحللها ويجمعهما) وقال زفر : ليس له ذلك لأن هذا عقد سبق ملكه فلا يتمكن من فسخه كما إذا اشترى جارية منكوبة . ولنا أن المشتري قائم مقام البائع وقد كان للبائع أن يحللها ، فكذا المشتري

تسلما (قوله ومن باع جارية محرمة قد أذن لها الخ) الأصل أن العبد والأمة إذا أحرم أحدهما بغير إذن المولى فله أن يمنعه ويحلله بلا هدى ، وذلك بأن يصنع به أدنى ما يحرم عليه بالإحرام كقلم ظفره ونحوه ، وعليه بعد العتق هدى الإحصار وحجة وعمرة إن كان الإحرام بحجة ، وإن أحرم بإذن المولى كره له تحليله ، ولو حلله حل ، ولو أحصر فعلى المولى أن يبعث دم الإحصار ويتحلل لأنه وجب عن إحرام مأذون فيه فكان كالنفقة عليه ، وقد قلنا فيه خلافا في باب الإحصار ، وإذا أحرم العبد أو الأمة بإذن المولى ثم باعهما نفذ البيع والمشتري منعهما وتحليلهما وليس له الرد بالعيب خلافا لزفر قال : ليس له ذلك فله الرد بالعيب . وعلى هذا الخلاف إذا أحرمت الحرة ببيع نقل ثم تزوجت فلزوج أن يحللها عندنا خلافا له . وجه قوله ما ذكره المصنف بقوله (لأن هذا عقد سبق ملكه) بنصب ملكه مفعولا لسبق : أى سبق وجوده ملك المشتري فليس له أن ينقضه (كما إذا اشترى جارية منكوبة) ليس له أن يفسخ نكاحها لهذا المعنى بعينه فكذا هذا . قلنا : المشتري في ملك الرقبة قائم مقام البائع ولم يكن للبائع ولاية إبطال النكاح وله التحليل وإن كره فكذا المشتري ، إلا أنه لا كراهة على المشتري لأنها في حق البائع بمكان خلف الوعد وهو منتف في المشتري . ثم في أصل المسئلة خلاف الشافعي ، فعنده ليس للسيد التحليل بعد الإذن ، واتفقنا على أن ليس للزوج تحليل الزوجة إذا أحرمت بنقل بإذنه ، وإنما له ذلك إذا أحرمت بلا إذن فقام الشافعي على ذلك بجامع الإذن فيسقط حقه ، وقياسا على إبطال عمل نفسه بجامع الرضا بواسطة الإذن هنا ، ونحن نمنع عمل الإذن في السقوط مطلقا ، بل إن كان الثابت مجرد حق . كما في الزوجة فإنه لا يملك منافعتها ، وإنما له حق فيها فيسقط بالإذن . أما إن كان الثابت حقيقة الملك فلا إذلاشك في أن الملك لا يسقط به . وإنما عمله في التبرع

الصوم والمشى لأنه إذا فعل ذلك ساء خلقه فجادل والجدال منهى عنه في الحج . وقوله (وأفعال الحج تنتهي بطواف الزيارة) يريد بالأفعال الأركان لا مطلق الأفعال ، فإن رمى الجمار وغيره من أفعال الحج : وقوله (ثم قيل) يعني أن محمدا لم يذكر في شيء من الكتب من أى موضع يبدأ . واختلف المشايخ فيه ، فقيل : يتبدئ من حين يحرم وعليه الإمام فخر الإسلام والإمام العتاني وغيرهما (وقيل من بيته) وعليه شمس الأئمة السرخسي ومال إليه المصنف ، وقال (لأن الظاهر أنه هو المراد) يعني أنه هو المتعارف والعرف معتبر في النذر ، فإذا ثبت أنه واجب (فلو ركب أراق دما لأنه أدخل نقصا فيه) يدل على ذلك ما روى عن عقبة بن عامر الجهني « أنه جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : إن أختي نذرت أن تحج ماشية حافية ، فقال عليه الصلاة والسلام : إن الله تعالى لغني عن تعذيب أختك مرها فلتركب ولتذبح لركوبها شاة » وفي بعض الروايات « ولترق دما » وقوله (قالوا) يعني المشايخ كأنه بيان التوفيق بين رواية الأصل ورواية الجامع . روى الإمام فخر الإسلام عن الفقيه أبي جعفر أنه قال (إنما يركب إذا بعدت المسافة وشق المشي ، وأما إذا قربت والرجل ممن يعتاد المشي ولا يشق عليه ينبغي أن لا يركب) وقوله (ومن باع جارية محرمة) ظاهر . قوله (وقد كان للبائع) يعني على ظاهر الرواية

بمنافعه وذلك لا يلزم دائماً في المستقبل بل عمله في رفع المخالفة والمشاققة فيما أتاه ، فبقي نيه أن كان ذلك منتهى عمل الإذن لما قلنا إنه لم يعمل في دوام السقوط في المستقبل وصار كالإذن في استخدام العبد لغيره وكتبوتها مع الزوج له فيهما الرد إلى الاستخدام والمنع مما أذن فيه ، وهذا لأنه لا دليل على أنه جل جلاله أسقط الملك وآثاره بالإذن بالإحرام فبقي على ما عهد له من الوازم : بل عهد أنه جل ذكره قدم حق العبد على حقه عند التعارض لفقره وغنى العزيز العظيم . هذا ، وإذا أحرمت الحرة بالفرض فليس له أن يحللها إن كان لها محرم عندنا ، فإن لم يكن لها فله منعها ، فإن أحرمت فهي محصورة لحق الشرع ، فلذا إذا أراد الزوج تحليلها فإنها لا تتحلل إلا بالهدى ، بخلاف ما لو أحرمت بنفل بلا إذن فله أن يحللها ولا يتأخر تحليله إياها إلى ذبح الهدى بل يحللها من ساعته وعليها هدى لتعجيل الإحلال وحجة وعمرة لأن هناك لاحق للزوج في منعها لو وجدت محرماً . وإنما تعذر عليها الخروج لفقد المحرم شرعاً فلا تتحلل إلا بالهدى . وهنا قد تعذر الخروج لحق الزوج ، فكما لا يكون لها أن تبطل حقه ليس لها أيضاً أن تؤخره ، كذا في باب الإحصار من المبسوط . والتحليل أن ينهاها ويفعل بها أدنى ما يحرم بالإحرام كقص ظفر وتقيل أو معانقة ، وهو أولى من التحليل بالجماع لأنه أعظم محظورات الإحرام حتى تعلق به الفساد فلا يفعله تعظيماً لأمر الحج ، ولا يقع التحليل بقوله حللتك بل بفعله أو بفعلها بأمره كالامتنشاط بأمره لأنه صلى الله عليه وسلم قال لعائشة : امتشطى وارفضي عمرتك حين حاضت في العمرة . ولو جامع زوجته أو أمته المحرمة ولا يعلم بإحرامها لم يكن تحليلها وفسد حجها ، وإن علمه كان تحليلها ، ولو حللها ثم بدا له أن يأذن لها فأذن فأحرمت بالحج ولو بعد ما جامعها من عامها ذلك لم يكن عليها عمرة ولا نية القضاء ، ولو أذن لها بعد مضي السنة كان عليها عمرة مع الحج . وقال زفر : عليها العمرة فيهما ونية القضاء لأنهما تقرر في ذمتها برفض الحج فلا تخرج عن عهدهما إلا بهما مع نية القضاء ، فلو لم تنو لم تخرج عن العهدة ، وفي هذا لا فرق بين عام الإحلال والعام القابل . قلنا : إن قلت بمجرد التحليل تقرر منعه ، بل اللازم عين تلك الحجة مالم يمض الوقت . فإذا مضى بلا إيقاع فيه حينئذ لزمه مثلها وهو القضاء لأنه أداء مثل الواجب وذلك لا يتحقق إلا بعد خروج الوقت ، وصار كما إذا شرع في صلاة في وقتها ثم قطعها فيه ثم أداها فيه أيضاً ، وإذا كان الزوم مالم تتحول السنة عين الواجب لم تلزمه عمرة ولا ينوى القضاء . وعن هذا قلنا : لو حللها فأحرمت فحللها فأحرمت هكذا مراراً ثم حجت من عامها أجزأها عن كل التحليلات تلك الحجة الواحدة ، ولو لم تحج بعد التحليلات إلا من قابل كان عليها لكل تحليل عمرة . هذا وقدمنا في باب الإحصار أنه إذا كان الإحصار في حجة الإسلام لا ينوى القضاء . ولو تحولت السنة لأنها باقية في ذمته مالم يؤدها ولم يخرج الوقت لتصير قضاء لأن وقتها العمر والتضييق في أول سني الإمكان لا ينفيه لما حققنا في أول كتاب الحج من أن ذلك وجوب احتياط لا افتراض . وقد أجمعوا أن بالأداء بعد التأخير بلا عذر وتحمل الإثم يقع أداء ، وإذا أذن لأمرته المتزوجة في الحج فليس لزوجها منعها لأن منافعتها للسيد .

وهذه الخاتمة الموعودة وفيها ثلاثة مقاصد :

[المقصد الأول : في إيجاب الهدى وما يتبعه] يثبت لزوم الهدى بنذره تنجيهاً وتعليقاً ، ولا فرق بين قوله لله على أو على هدى لأنه لا يكون إلا لله ، ولا يلزم إلا فيما يملك ، فلو قال إن فعلت كذا فهذا هدى لغير مملوك

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف أن المولى إذا أذن للعبد في الحج فليس له أن يحلله لانه أسقط حقه بالإذن فصار

إلا أنه يكره ذلك للبائع لما فيه من خلف الوعد ، وهذا المعنى لم يوجد في حق المشتري ، بخلاف النكاح لأنه ما كان للبائع أن يفسخه إذا باشرت بإذنه فكذا لا يكون ذلك للمشتري ، وإذا كان له أن يحللها لا يتمكن من

له ففعل لا شيء عليه إلا أن يكون ذلك المشار إليه ابنه ففيه القياس والاستحسان على ما سندر في نذر ذبح الولد وكذا لو قال ذلك لمملوك له فباعه ثم فعل ، ولو قال فهذا حرّ يوم أشتره ففعل ثم اشتراه عتق . ولو اشتراه قبل الفعل ثم فعل لا يعتق ، ولو قال إن فعلت فأنا أهدي كذا لزمه إذا فعل . ويلزمه من إطلاق لفظ الهدى أمران : جواز ما يجزى في الأضحية من الشاة الضأن أو المعز أو الإبل أو البقر إلا أن ينوي بعيرا أو بقرة فيلزمه ذلك ، وأن لا يذبح إلا في الحرم ، فإن كان في أيام النحر فالسنة ذبحه بنى وإلا ففي مكة ، وله أن يذبحه حيث شاء من أرض الحرم . ولو قال على أن أهدي جزورا تعين الإبل والحرم ، ولو قال جزور فقط جاز في غير الحرم كحصر والشأم لأنه لم يذكر الهدى ، ولو قال بدنة فقط جاز البقرة والبعر حيث شاء إلا أن ينوي معيناً من البدن . وعن أبي يوسف يتعين الحرم . فرق بينه وبين الجزور بأن اسم البدن لا يذكر في مشهور الاستعمال إلا في معنى المهدة . ولو صرح بالهدى يتعين الحرم فكذا البدنة ، وظاهر المذهب خلافه إلا أن يزيد فيقول بدنة من شعائر الله ، ويمنع أن فيه نقلا شرعيا أو عرفيا بل كل منهما مشترك فيها ، وإذا ذبح الهدى في الحرم يتصدق به على مساكين الحرم ، وإن تصدق به على غيرهم أيضا جاز لأن معنى اسم الهدى لا يعين فقراء محل أصلا بل إنما ينبئ عن النقل إلى مكان وذلك هو الحرم إجماعا ، فتعين الحرم إنما هو لإفادة مأخذ اسم النقل ، ثم تعين المكان بالكتاب والإجماع فتعين فقراء الحرم قول بلا دليل . وهذا لأن القرية بالإهداء تم بالنقل إلى الحرم والذبح به تعظيما له ، ولذا لو سرق لم يلزمه غيره وبذلك انتهى مدلوله ويصير لحما . وجه القرية فيه شيء آخر هو التصديق ، وفي هذا مساكين الحرم وغيرهم سواء . وهل يجوز التصديق بالقيمة في الحرم في نذر الهدى كأن يقول هذه الشاة هدى ؟ في رواية أبي سليمان يجوز أن يهدي قيمتها ، وفي رواية أبي حفص لا يجوز . وجه الأولى اعتبار النذر بما أمر الله جل ذكره به من الغنم والإبل في الزكاة . وجه رواية أبي حفص أن في اسم الهدى زيادة على مجرد اسم الشاة وهو الذبح ، فالقرية فيه تتعلق بالذبح ثم التصديق بعد ذلك تبع ، بخلاف الزكاة فإن القرية إنما تتعلق في الشاة بالصدقة وهو ثابت في القيمة فيجوز ، وليس الذبح ثابتا في قيمة الهدى فلا يجوز وهذا حسن . ومن نذر شاة فأهدى مكانها جزورا فقد أحسن ، وليس هذا من القيمة لثبوت الإراقة في البدن الأعلى كالأصل . وقالوا : إذا قال الله على أن أهدي شاتين فأهدى شاة تساوي شاتين قيمة لم يجزه ، فلو عين الهدى مما لا يذبح فما يقبل النقل كالعبيد والقذور والثياب فقال إن فعلت فتوبى هذا هدى أو هذا القدر هدى أو هذا العبد جاز لإهداء قيمته إلى مكة أو عينه ، ويجوز أن يعطى لحاجة البيت إذا كانوا فقراء ، وإن تصدق به أو بقيمته في غير مكة كالكوفة ومصر جاز لأن معنى القرية في الأمتعة ليس إلا التصديق وهو في حق أهل مكة وغيرهم سواء بخلاف الهدى بما يشرع ذبحه لأن معنى القرية فيه بالإراقة ولم تعرف قرية إلا في الحرم فتعين الحرم ، وغاية ما فيه أنه نذر التصديق في مكان فتصدق في غيره ، وذلك جائز عندنا لأن النذر بما هو قرية والقرية إنما هي بالتصدق فينقذ النذر مجرد التصديق . وإن كان مما لا ينقل كالدار والأرض تتعين القيمة إذا أراد الإيصال إلى مكة . وقوله فهذه الشاة هدى إلى البيت

العبد كالحر إلا أن المشتري له أن يحلله لأن الإحرام لم يقع بإذنه . وقوله (بخلاف النكاح لأنه ما كان للبائع فسخه)

ردّها بالعيب هتدنا ، وعند زفر يتمكن لأنه ممنوع عن غشيانها ،

أو مكة أو الكعبة موجب ، ولو قال إلى الحرم أو المسجد الحرام على الخلاف في التزام المشي إلى الحرم ، والمسجد الحرام عندهما موجب وعند أبي حنيفة لا . وقوله هدى إلى الصفا والمروة لا يجب اتفاقا على ماسبق في المشي . فإن قيل : ينبغي أن يلزم هنا على قوله أيضا لأن مجرد ذكر الهدى موجب فزيادة ذكر الحرم لا ترفع الوجوب بعد الثبوت . بخلاف المشي إلى الحرم لأن مجرد قوله على المشي غير موجب بل مع ما يمشي إليه . أجيب بأن اسم الهدى إنما يوجب باعتبار ذكر مكة مضمرا بدلالة العرف ، فإذا نص على الحرم أو المسجد تعذر إضمار مكة في كلامه ، إذ قد صرح بمراده فلا يجب شيء به . وقوله فتوبى بهذا سر للبيت أو أضرب به حطيم البيت ملزم استحسانا ، لأنه يراد بهذا اللفظ هديه ، ولو قال كل مالى أو جميعه هدى فعليه أن يهدى ماله كله ويمسك منه قدر قوته ، فإذا أفاد مالا تصدق بقدر ما أمسك . وأورد هذه المسئلة في كتاب الهبة أن الأصل فيما إذا قال مالى صدقة فقال في القياس ينصرف إلى كل مال له ، وهو قول زفر . وفي الاستحسان ينصرف إلى مال الزكاة خاصة بخلاف ما إذا قال جميع ما أملك ، فن المشايخ من قال ما ذكره هنا جواب القياس لأن التزام الهدى في كل مال كالإتمام الصدقة في كل مال . والأصح الفرق بأن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى ، وما أوجبه الله تعالى بلفظ الصدقة يختص بمال الزكاة ، فكذا ما يوجبه العبد على نفسه ، وهما إنما أوجب بلفظ الهدى ، وما أوجبه الله تعالى بلفظ الهدى لا يختص بمال الزكاة . وفي نوادر ابن سماعه الله على أن أذبح ولم يقل صدقة لا شيء عليه . وعندى فيه نظر لأنه التزم بما من جنسه واجب إلا أن يقصد الذبح بنفسه . ومن قال لله على أن أنحر ولدى في القياس لا شيء عليه ، وفي الاستحسان يلزمه شاة ، ولو كان له أولاد لزمه مكان كل ولد شاة ، وكذا إذا نذر ذبيح عبده عند أبي حنيفة وعند محمد يلزمه الشاة في الولد لا العبد ، وعند أبي يوسف لا يلزمه في واحد منهما .

[المقصد الثانى : فى المجاورة] اختلف العلماء فى كراهة المجاورة بمكة وعدمها ، فذكر بعض الشافعية أن المختار استحبابها إلا أن يغلب على ظنه الوقوع فى المحذور ، وهذا قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله . وذهب أبو حنيفة ومالك رحمهما الله إلى كراهها ، وكان أبو حنيفة يقول : إنها ليست بدار هجرة ، وقال مالك وقد سئل عن ذلك : ما كان الناس يرحلون إليها إلا على نية الحج والرجوع وهو أعجب . وهذا أحوط لما فى خلافه من تعريض النفس على الخطر إذ طبع الإنسان التبرم والممل من توارده ما يخالف هواه فى المعيشة وزيادة الانبساط المحل بما يجب من الاحترام لما يكثر تكرره عليه ومداومة نظره إليه . وأيضاً الإنسان محل الخطأ كما قال عليه الصلاة والسلام « كل بنى آدم خطاء » والمعاصى تضاعف على ما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه إن صح ، وإلا فلا شك أنها فى حرم الله أفحش وأغلظ فتنهض سببا لغلظ الموجب وهو العقاب . ويمكن كون هذا هو محمل المروى من التضاعف كى لا يعارض قوله تعالى - ومن جاء بالسيئة فلا يجزى إلا مثله - أعنى أن السيئة تكون فيه سببا لمقدار من العقاب هو أكثر من مقداره عنها فى غير الحرم إلى أن يصل إلى مقدار عقاب سيئات منها فى غيره ، والله أعلم . وكل من هذه الأمور سبب لمقت الله تعالى ، وإذا كان هذا سببا للشر فالسبيل الزوج عن ساحته ، وقل من يطمئن إلى نفسه فى دعواها البراءة من هذه الأمور إلا وهو فى ذلك مغرور .

جواب عن قياس زفر ، وإنما لم يكن له أن يفسخ إذا كان بإذنه لما أن النكاح حق الزوج فقد تعلق حقه به

ألا يرى أن ابن عباس رضى الله عنهما من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم المحبين إليه المدعو له كيف اتخذ الطائف دارا وقال : لأن أذنب خمسين ذنبا بركبة ١ وهو موضع بقرب الطائف . أحب إلى من أن أذنب ذنبا واحدا بمكة . وعن ابن مسعود رضى الله عنه : ما من بلدة يؤخذ العبد فيها بالهمة قبل العمل إلا مكة ، وتلا هذه الآية - ومن يرد فيه بإلحاد بظلم نذقه من عذاب أليم - وقال سعيد بن المسيب الذى جاء من أهل المدينة يطلب العلم : ارجع إلى المدينة فإننا نسمع أن ساكن مكة لا يموت حتى يكون الحرم عنده بمنزلة الحل لما يستحل من حرمة . وعن عمر رضى الله عنه قال : خطيئة أصيبتها بمكة أعز على من سبعين خطيئة بغيرها . نعم أفراد من عباد الله استخلصهم وخلصهم من مقتضيات الطباع فأولئك هم أهل الجوار الفائزون بفضيلة من تضاعف الحسنات والصلوات من غير ما يحبطها من الخطيئات والسيئات . فى الحديث عنه عليه انصلاة والسلام « صلاة فى مسجدى هذا أفضل من ألف صلاة فيما سواه من المساجد إلا المسجد الحرام . وصلاة فى المسجد الحرام أفضل من مائة صلاة فى مسجدى » وفى رواية لأحمد عن ابن عمر سمعته : يعنى النبي صلى الله عليه وسلم يقول « من طاف أسبوعا بالبيت وصلى ركعتين كان كعدل رقة » وقال سمعته يقول « مارفع رجل قدما ولا وضعها إلا كتب الله له عشر حسنات وحط عنه عشر سيئات ورفع له عشر درجات » وروى ابن ماجه عن ابن عباس رضى الله عنهما عنه عليه الصلاة والسلام « من أدرك رمضان بمكة فصامه وقام منه ما تيسر كتب له مائة ألف شهر رمضان فيما سواه ، وكتب الله له بكل يوم عتق رقة . وبكل ليلة عتق رقة . وكل يوم حلال فرس فى سبيل الله » ولكن الفائر بهذا مع السلامة من إحباطه أقل القليل . فلا يبنى الفقه باعتبارهم ولا يذكر حاتم قيدا فى جواز الجوار لأن شأن النفوس الدعوى الكاذبة والمبادرة إلى دعوى الملكة والقدرة على ما يشرط فيها تتوجه إليه وتطلبه ، وإنها لا تكذب ما يكون إذا حلفت فكيف إذا ادعت ، والله أعلم . وعلى هذا فيجب كون الجوار فى المدينة المشرفة كذلك ، فإن تضاعف السيئات أو تعاضلها وإن فقد فيها فخافة السامة وقلة الأدب المفضى إلى الإخلال بواجب التوقير والإجلال قائم . وهو أيضا مانع إلا للأفراد ذوى الملكات فإن مقامهم وموتهم فيها هى السعادة الكاملة . فى صحيح مسلم « لا يصبر على لأواء المدينة وشدتها أحد من أمي إلا كنت له شفيعا يوم القيامة أو شهيدا » وأخرج الترمذى وغيره عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم « من استطاع أن يموت بالمدينة فليمت فإنى أبشع لمن يموت بها » .

[للمقصد الثالث : فى زيارة قبر النبي صلى الله عليه وسلم] قال مشا يختار رحمهم الله تعالى : من أفضل المندوبات وفى مناسك الفارسى وشرح المختار أنها قريبة من الوجوب لمن له سعة . روى الدارقطنى والبزار عنه عليه الصلاة والسلام « من زار قبرى وجبت له شفاعتى » وأخرج الدارقطنى عنه عليه الصلاة والسلام « من جاءنى زائرا لا لعمله حاجة إلا زيارتى كان حقا على أن أكون له شفيعا يوم القيامة » وأخرج الدارقطنى أيضا « من حج وزار قبرى بعد موتى كان كمن زارنى فى حياتى » هذا والحج إن كان فرضا فالأحسن أن يبدأ به ثم يثنى بالزيارة ، وإن كان تطوعا كان بالخيار ، فإذا نوى زيارة القبر فليتم معه زيارة المسجد : أى مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم

بإذن المالك فلا يتمكن المالك من فسحه وإن بقى ملكه لتعلق حق العبد به كالراهن لئس له ولاية الاستمتاع

فإنه أحد المساجد الثلاثة التي تشد إليها الرحال . في الحديث « لا تشد الرحال إلا لثلاثة مساجد ، المسجد الحرام ، ومسجدى هذا ، والمسجد الأقصى » وإذا توجه إلى الزيارة يكثر من الصلاة والسلام على النبي صلى الله عليه وسلم مدة الطريق : والأولى فيما يقع عند العبد الضعيف تجريد النية لزيارة قبر النبي صلى الله عليه وسلم ثم إذا حصل له إذا قدم زيارة المسجد أو يستفتح فضل الله سبحانه في مرة أخرى ينويها فيها لأن في ذلك زيادة تعظيمه صلى الله عليه وسلم وإجلاله ، وبوافق ظاهر ما ذكرناه من قوله عليه الصلاة والسلام « لا تعمله حاجة إلا زيارتي » وإذا وصل إلى المدينة اغتسل بظاها قبل أن يدخلها أو توضأ والغسل أفضل ، ولبس نظيف ثيابه والجديد أفضل ، وما يفعله بعض الناس من النزول بالقرب من المدينة والمشى على أقدامه إلى أن يدخلها حسن ، وكل ما كان أدخل في الأدب والإجلال كان حسناً . وإذا دخلها قال : باسم الله - رب أدخلني مدخل صدق - الآية ، اللهم افتح لي أبواب رحمتك وارزقني من زيارة رسولك صلى الله عليه وسلم ما رزقت أوليائك وأهل طاعتك ، واغفر لي وارحمني يا خير مسئول ، وليكن متواضعا متخشعا معظما لحرمته لا يفتر عن الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم مستحضرا أنها بلدته التي اختارها الله تعالى دارهجرة نبيه ومهبطا الوحى والقرآن ومنبعا للإيمان والأحكام الشرعية . قالت عائشة رضى الله عنها : كل البلاد افتتحت بالسيف إلا المدينة فإنها افتتحت بالقرآن العظيم . ويحضر قلبه أنه ربما صادف موضع قدمه . ولذا كان مالك رحمه الله ورضى عنه لا يركب في طرق المدينة ، وكان يقول : أستحي من الله تعالى أن أطأ تربة فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم بحافر دابة . وإذا دخل المسجد فعل ما هو السنة في دخول المساجد من تقديم اليمين ويقول : اللهم اغفر لي ذنوبي وافتح لي أبواب رحمتك ، ويدخل من باب جبريل أو غيره . ويقصد الروضة الشريفة وهى بين المنبر والقبر الشريف ، فيصلى تحية المسجد مستقبلا السارية التي تحتها الصندوق بحيث يكون عمود المنبر حذاء منكبه الأيمن إن أمكنه ، وتكون الحنية التي في قبلة المسجد بين عينيه ، فذلك موقف رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما قيل قبل أن يغيز المسجد . وفي بعض المناسك : يصلى تحية المسجد في مقامه عليه الصلاة والسلام وهو الحفرة . قال الكرمانى وصاحب الاختيار : ويسجد لله شكرا على هذه النعمة ويسأله تمامها والقبول . وقبل ذرع ما بين المنبر وموقفه عليه الصلاة والسلام الذى كان يصلى فيه أربعة عشر ذراعا وشبر ، وما بين المنبر والقبر ثلاث وخسون ذراعا وشبر ، ثم يأتي القبر الشريف فيستقبل جداره ويستدبر القبلة على نحو أربعة أذرع من السارية التي عند رأس القبر في زاوية جداره . وما عن أبي الليث أنه يقف مستقبل القبلة مردود بما روى أبو حنيفة رضى الله عنه في مسنده عن ابن عمر رضى الله عنهما قال : من السنة أن تأتي قبر النبي صلى الله عليه وسلم من قبل القبلة وتجعل ظهرك إلى القبلة وتستقبل القبر بوجهك ثم تقول : السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته ، إلا أن يحمل على نوع ما من استقبال القبلة ، وذلك أنه عليه الصلاة والسلام في القبر الشريف المكرم على شقه الأيمن مستقبل القبلة . وقالوا في زيارة القبور مطلقا : الأولى أن يأتي الزائر من قبل رجل المتوفى لامن قبل رأسه فإنه أتعب لبصر الميت ، بخلاف الأول لأنه يكون مقابلا بصره لأن بصره ناظر إلى جهة قدميه إذا كان على جنبه فعلى هذا تكون القبلة عن يسار الواقف من جهة قدميه عليه الصلاة والسلام ، بخلاف ما إذا كان من جهة وجهه الكريم ، فإذا أكثر الاستقبال إليه عليه الصلاة والسلام لا كل بالمرهون لتعلق حق المرتين بإذنه ، والمشتري قام مقامه بعد الشراء ، فكذلك لا يكون له حق الفسخ أيضا . وأما

الاستقبال يكون استبداره القبلة أكثر من أخذه إلى جهتها فيصدق الاستدبار ونوع من الاستقبال . وينبغي أن يكون وقوف الزائر على ماذكرنا ، بخلاف تمام استدبار القبلة واستقباله صلى الله عليه وسلم فإنه يكون البصر ناظرا إلى جنب الواقف ، وعلى ماذكرنا يكون الواقف مستقبلا وجهه عليه الصلاة والسلام وبصره فيكون أولى ، ثم يقول في موقفه : السلام عليك يا رسول الله ، السلام عليك يا خير خلق الله ، السلام عليك يا خير الله من جميع خلقه ، السلام عليك يا حبيب الله ، السلام عليك ياسيد ولد آدم ، السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته يا رسول الله . إني أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأنت عبده ورسوله وأشهد أنك يا رسول الله قد بلغت الرسالة وأديت الأمانة ونصحت الأمة وكشفت الغمة ، فجزاك الله عنا خيرا ، جزاك الله عنا أفضل ما جازى نبيا عن أمته . اللهم أعط سيدنا عبدك ورسولك محمدا الوسيلة والفصيلة ، والدرجة العالية الرفيعة ، وابعثه المقام المحمود الذي وعدته ، وأنزله المنزل المقرب عندك ، إنك سبحانه ذو الفضل العظيم . ويسأل الله تعالى حاجته متوسلا إلى الله بخضرة نبيه عليه الصلاة والسلام . وأعظم المسائل وأهمها سؤال حسن الخاتمة والرضوان والمغفرة ، ثم يسأل النبي صلى الله عليه وسلم الشفاعة فيقول . يا رسول الله أسألك الشفاعة . يا رسول الله أسألك الشفاعة وأتوسل بك إلى الله في أن أموت مساما على ملتك وسنتك . ويذكر كل ما كان من قبيل الاستعطاف والرفق به ، ويختبئ الألفاظ الدالة على الإذلال والقرب من المخاطب فإنه سوء أدب . وعن ابن أبي فديك قال : سمعت بعض من أدركت يقول : بلغنا أنه من وقف عند قبر النبي صلى الله عليه وسلم فتلا هذه الآية - إن الله وملائكته يصلون على النبي - الآية ، ثم قال : صلى الله عليك وسلم يا محمد سبعين مرة ، ناداه ملك صلى الله عليه وسلم عليك يا فلان ولم تسقط له حاجة . هذا وليبلغ سلام من أوصاه بتبليغ سلامه فيقول : السلام عليك يا رسول الله من فلان بن فلان أو فلان بن فلان يسلم عليك يا رسول الله . يروى أن عمر بن عبد العزيز رحمه الله كان يوصي بذلك ويرسل البريد من الشام إلى المدينة الشريفة بذلك ، ومن ضاق وقته عما ذكرناه اقتصر على ما يمكنه . وعن جماعة من السلف الإيجاز في ذلك جدا ، ثم يتأخر عن يمينه إذا كان مستقبلا قيد ذراع^١ فيسلم على أبي بكر رضي الله عنه ، فلن رأسه حيال منكب النبي صلى الله عليه وسلم ، وعلى ماذكرنا يكون تأخره إلى ورائه بجانبه فيقول : السلام عليك يا خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وثانيه في الغار أبا بكر الصديق ، جزاك الله عن أمة محمد صلى الله عليه وسلم خيرا ، ثم يتأخر كذلك قدر ذراع فيسلم على عمر رضي الله عنه ، لأن رأسه من الصديق كراس الصديق من النبي صلى الله عليه وسلم فيقول : السلام عليك يا أمير المؤمنين عمر الفاروق الذي أعز الله به الإسلام ، جزاك الله عن أمة محمد صلى الله عليه وسلم خيرا ، ثم يرجع إلى حيال وجه النبي صلى الله عليه وسلم فيحمد الله ويثنى عليه ويصلي ويسلم على نبيه ويدعو ويستشفع له ولو لديه ولمن أحب ، ويحتم دعاءه بآمين والصلاة والسلام . وقيل ماذكر من العود إلى رأس القبر الشريف لم ينقل عن الصحابة ولا التابعين . وأخرج أبو داود عن القاسم بن محمد قال : دخلت على عائشة رضي الله عنها فقلت : يا أم المؤمنين اكشفي لي عن قبر رسول الله صلى الله عليه وسلم وصاحبيه

ههنا فقد اجتمع في الجارية حقان : حق الله تعالى في الإحرام ، وحق المشتري في الاستمتاع ، فيقدم حق العبد

(١) (قوله قيد ذراع) في بعض النسخ (قدر ذراع) ، والقيد بكسر الفاء والقدر بمعنى واحد كما في كتب اللغة كتبه مصححه .

(و) ذكر (في بعض النسخ أو يجامعها) والأول يدل على أنه يحلها بغير الجامع بقص شعر أو بقلم ظفر ثم يجامع ، والثاني يدل على أنه يحلها بالجامعة لأنه لا يخلو عن تقديم مس يقع به التحلل ، والأولى أن يحلها بغير الجامعة تعظيماً لأمر الحج ، والله أعلم .

فكشفت عن ثلاثة قبور لامسرفة ولا لاطئة مبطوجة ببطحاء العرصة الحمراء ، رواه الحاكم ، وزاد : فرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم مقدماً ، وأبا بكر رأسه بين كتفي رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وعمر رأسه عند رجل النبي صلى الله عليه وسلم ، صححه الحاكم . وإذا فرغ من الزيارة يأتي الروضة فيكثر فيها من الصلاة والدعاء إن لم يكن وقت تكره فيه الصلاة . ففي الصحيحين « ما بين بيتي ومنبري روضة من رياض الجنة » وفي رواية « قبري ومنبري » ويقف عند المنبر ويدعو . ففي الحديث « قواعد منبري رواتب في الجنة » وعنه عليه الصلاة والسلام « منبري على ترعة من ترع الجنة » وكان السلف يستحبون أن يضع أحدهم يده على رمانة المنبر النبوي التي كان عليه الصلاة والسلام يضع يده عليها عند الخطبة . وهناك الآن قطعة تدخل الناس أيديهم من طاقة في المنبر إليها يتبركون بها يقال إنها من بقايا منبره عليه الصلاة والسلام ، ويجتهد أن لا يفوته مدة مقامه صلاة في المسجد . فقد ثبت أن صلاة في مسجده تعدل ألف صلاة في غيره على ما قدمنا . وهذا التفضيل مختص بالفرائض . وفيل في النفل أيضاً ، ولعلنا قدمنا ما ينفيه في كتاب الصلاة . وقد اشتهر عنه عليه الصلاة والسلام أن أفضل صلاة الرجل في منزله إلا المكتوبة ، وهذا قاله وهو في المدينة يشافه به الحاضرين عنده في المسجد والغائبين . ثم هو صلى الله عليه وسلم لم يؤثر عنه التنفل في المسجد بل في بيته من التهجّد وركعتي الفجر وغيرها . ولو كان كذلك لم يصل نافلة إلا في المسجد ، أو يكون ذلك هو الأكثر ، وخلافه قليل في بعض الأحيان خصوصاً ومن بيته إلى المسجد تنقل قدم واحدة . وقد يقال أيضاً إن ذلك إنما هو في حق الرجال لأنه صلى الله عليه وسلم أمر المرأة التي سألته الحضور والصلاة معه أن تصلي في بيتها مع أن الخروج لمن كان مباحاً إذ ذاك ، وقد قدمنا تخريج هذا الحديث في باب الإمامة من كتاب الصلاة . فعلم أن إطلاق الخروج لمن إذ ذاك كان ليتعلم ما يشاهدنه من آداب الصلاة وحسن أداء الناس وغير ذلك من العلم ويتعودن المواظبة ولا يستثقلن الصلاة في البيت وغير ذلك من المصالح والله أعلم . ويستحب أن يخرج كل يوم إلى البقيع بقية الغرقد ، فيزور القبور التي بها خصوصاً يوم الجمعة ، ويذكر كى لانتوته صلاة الظهر مع الإمام في المسجد ، فقد كان صلى الله عليه وسلم يزوره « وقال أم قيس بنت محصن لما أخذ بيدها فذهباً إليه : ترين هذه المقبرة ؟ قلت نعم . قال : يبعث منها سبعون ألفاً على صورة القمر ليلة البدر ويدخلون الجنة بغير حساب » وإذا انتهى إليه قال : السلام عليكم دار قوم مؤمنين ، وإنا إن شاء الله بكم لاحقون ، اللهم اغفر لأهل البقيع الغرقد ، اللهم اغفر لنا ولهم . ويزور القبور المشهورة كقبر عثمان بن عفان رضي الله عنه ، وقبر العباس وهو في قبته المشهورة ، وفيها قبران الغربي منهما قبر العباس رضي الله عنه والشرقي قبر الحسن بن علي وزين العابدين وولده محمد الباقر وابنه جعفر الصادق رضي الله عنهم كلهم في قبر واحد ، وعند باب البقيع عن يسار الخارج قبر صفية أم الزبير عمة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وفية قبر فاطمة بنت أسد أم علي رضي الله عنهما ، ويصلي في مسجد فاطمة بنت رسول الله بالبقيع وهو المعروف ببيت الأحران ، وقيل قبرها فيه ، وقيل بل في الصندوق الذي هو أمام مصلى الإمام في الروضة الشريفة . واستبعده

لحاجته على حق الله تعالى لغناه . وقوله (وذكر في بعض النسخ) أي نسخ الجامع الصغير (أو يجامعها) يعني

بعض العلماء . وقبل إن قبرها في بيتها وهو في مكان المحراب الخشب الذي خلف الحجرة الشريفة داخل الدارين قال : وهو الأظهر . وبالبقيع قبة يقال إن فيها قبر عقيل بن أبي طالب وابن أخيه عبد الله بن جعفر بن أبي طالب . والمتقول أن قبر عقيل في داره ، وفيه حظيرة مستهدمة مبنية بالحجارة يقال إن فيها قبور من دفن من أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى الله عنهم ، وفيه قبر إبراهيم ابن سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو مدفون إلى جنب عثمان بن مظعون ، ودفن إلى جنب عثمان بن مظعون عبد الرحمن بن عوف رضوان الله عليهم أجمعين . وعثمان هذا أول من دفن بالبقيع في شعبان على رأس ثلاثين شهرا من الهجرة ، ويأتى أحدا يوم الخميس مبكرا كي لاتفوته جماعة الظهر بالمسجد فيزور قبور شهداء أحد ، ويبدأ بقبر حمزة عم النبي صلى الله عليه وسلم ، ويزور جبل أحد نفسه ، ففي الصحيح عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « أحلجبل يحبنا ونحبه » وفي رواية لابن ماجه « أنه على ترعة من ترع الجنة . وأن عمرا على ترعة من ترع النار » وعن ابن عمر رضي الله عنهما « مر رسول الله صلى الله عليه وسلم بمصعب بن عمير فوقف عليه وقال : أشهد أنكم أحياء عند الله فزورهم وسلموا عليهم ، فولد الذي نفسى بيده لا يسلم عليهم أحد إلا ردوا عليه . السلام إلى يوم القيامة » ويستحب أن يأتى مسجد قباء يوم السبت لقتداء به صلى الله عليه وسلم لأنه كان يأتيه في كل سبت راكبا وماشيا . متفق عليه ، وهو أول مسجد وضع في الإسلام ، وأول من وضع فيه حجرا رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم أبو بكر ثم عمر ثم عثمان رضي الله عنهم وينوى زيارته والصلاة فيه ، فقد صح عنه صلى الله عليه وسلم أن الصلاة فيه كعمرة . ويأتى في قباء بئر أريس التي تفل فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيها سقط خاتمه صلى الله عليه وسلم من عثمان رضي الله عنه ، فيتوضأ ويشرب ويزور مسجد الفتح وهو على قطعة من جبل سلع من جهة الغرب فيركع فيه ويدعو . روى جابر أنه صلى الله عليه وسلم دعا فيه ثلاثة أيام على الأحزاب فاستجيب له يوم الأربعاء بين الصلاتين . والمسجد إلى هناك منها مسجد يقال له مسجد بنى ظفر وفيه حجر جلس عليه النبي صلى الله عليه وسلم ، ويقال ماجلست عليه امرأة تريد الولد إلا حبلت ، ويقال إن جميع المساجد والمشاهد المفضلة التي بالمدينة ثلاثون يعرفها أهل المدينة ، ويقصد الآبار التي كان صلى الله عليه وسلم يتوضأ منها ويشرب وهي سبعة منها بئر بضاعة . والله أعلم .

(فصل)

ولإذا عزم على الرجوع إلى أهله يستحب له أن يودع المسجد بصلاة ويدعو بعدها بما أحب ، وأن يأتى القبر الكريم فيسلم ويدعو بما أحب له ولوالديه وإخوانه وأولاده وأهله وماله ، ويسأل الله تعالى أن يوصله إلى أهله سالما غلما في عافية من بليات الدنيا والآخرة ويقول : غير مودع يارسول الله ، ويسأل إن شاء الله تعالى أن يردّه إلى حرمه وحرم نبيه في عافية . وليكثر دعاءه بذلك في الروضة الشريفة عقيب الصلوات وعند القبر ، ويحتمد في خروج الدمع فإنه من أمارات القبول ، وينبغي أن يتصدق بشيء على جيران النبي صلى الله عليه وسلم ثم يتصرف

قال : فلمشتري أن يحللها أو يجامعها ، وباقى كلامه ظاهر . وهذا آخر العبادات ، والله تعالى هو المعين على الإتمام .

(١) قوله ويسأل إن شاء الله تعالى هكذا في الأصول ، ولا نحل لذكر المشيئة مع سؤال الله كما لا يخفى فمر ركبته معصومه .

كتاب التكا

منبا كيا متحسرا على فراق الحضرة الشريفة النبوية والقرب منها . ومن سنن الرجوع أن يكبر على كل شرف من الأرض ويقول «آيئون تائبون عابدون ساجدون لربنا حامدون . صدق الله وعده ، ونصر عبده ، وهزم الأحزاب وحده» . وهذا متفق عليه صلى الله عليه وسلم - كل شيء هالك إلا وجهه له الحكم وإليه ترجعون - .

وليحذر كل الحذر مما يصدر من بعض الجهلة من إظهار التندم على السفر والعزم على عدم العود . وقوله لغيره احذر أن تعود ونحو ذلك فهذا كله تعرض للمقت بل دليل عدم القبول والمقت في الحال . وإذا أشرف على بلده حرك دابته ويقول : آيئون أيضا الخ . وروى النسائي « أنه عليه الصلاة والسلام لم يقرية يريد دخولها إلا قال حين يراها : اللهم رب السموات السبع وما أظللن ، ورب الأرضين السبع وما أظللن ، ورب الشياطين وما أضللن ، ورب الرياح وما ذرين . فإنا نسألك خير هذه القرية وخير أهلها وخير ما فيها ، ونعوذ بك من شرها وشر أهلها وشر ما فيها ، ويقول : اللهم اجعل لي فيها قرارا ورزقا حسنا » ويرسل إلى أهله من يخبرهم ولا يبتغهم بمجيئه داخل عليهم ، فإنه نهى عن ذلك ، وإذا دخلها بدأ بالمسجد فصلى فيه ركعتين إن لم يكن وقت كراهة ، ثم يدخل منزله ويصلي فيه ركعتين ويحمد الله تعالى ويشكره على ما أولاه من إتمام العبادة والرجوع بالسلامة ، ويدم حمده وشكره مدة حياته ، ويحتج في مجانبته ما يوجب الإحباط في باقي عمره . وعلامة الحج المبرور أن يعود خيرا مما كان قبل .

(قال المصنف متع الله المسلمين بوجوده) . وهذا تمام ما يسر الله سبحانه لعبده الضعيف من ريع العبادات . أسأل الله رب العالمين إذا الجود العميم أن يحقق لي فيه الإخلاص ويجعله نافعا لي يوم القيامة ، إنه على كل ما يشاء قدير وبالإجابة جدير . والآن أشرع بريتنا من الحول والقوة مفتتحا كتاب النكاح . سائلا من فضله تعالى أن يمن عليّ بتجتم الربع الثاني وإكمال مقاصده على وجه يرضاه ويرضى به عن عبده ، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه عبده ورسوله صاحب الشرع القويم والصراط المستقيم ١ .

كتاب النكاح

هو أقرب إلى العبادات حتى إن الاشتغال به أفضل من التخلي عنه لحض العبادة على مانيين إن شاء الله تعالى فلذا أولاه العبادات . والجهاد وإن كان عبادة إلا أن النكاح سبب لما هو المقصود منه وزيادة فإنه سبب لوجود المسلم والإسلام ، والجهاد سبب لوجود الإسلام فقط . كذا قيل . والحق أن الجهاد أيضا سبب لهما إذ نقل الموصوف من صفة إلى صفة : أعنى من الكفر إلى الإسلام يصحح قولنا إنه سبب لوجود المسلم والإسلام ، فالحن اشتراكهما في ذلك لكن لانسبة بينهما في تحصيل ذلك ، فإن ما يحصل بأنكحة أفراد المسلمين منه أضعاف ما يحصل

كتاب النكاح

لما فرغ من العبادات شرع في المعاملات وابتدأ من بينها بالنكاح لأن فيه مصالح الدين والدنيا ،

كتاب النكاح

(١) في نسخة المحقق العلامة البحر اوى حفظه الله بعد هذا مانصه : هذا آخر الجزء الأول من تجزئة شيخ الإسلام مؤلفه نفعنا الله بعلومه واعاد علينا من بركاته آمين : وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم ، وأول الجزء الثاني كتاب النكاح اه . كتبه مصححه .

بالقتال ، إذ الغالب حصول القتل به أو الذمة دون إسلام أهل الدار فقدّم للأكثرية في ذلك . وأما من أولى العبادات البيوع فنظر إلى بساطته بالنسبة إلى النكاح باعتبار تمحض معنى المعاملة فيه بخلاف النكاح . وليس أحد يعجز في إبداء وجه تقديم معنى على معنى ، فإن كل معنى له خصوصية ليست في الآخر ، فالمقدم يعتبر ما لما قدمه ويسكت عما أخره ، والعاكس يعكس ذلك النظر . وإنما إبداء وجه أولوية تقديم هذا على ذلك هو التحقيق ، وهو يستدعي النظر بين الخصوصيتين أيهما يقتضى أو أكثر اقتضاء للتقديم ، وقد يفضي إلى تكثير جهات كل واحد وخصوصياته ويستدعي تطويلا مع قلة الجدوى ، فالإقتصار في ذلك أدخل في طريقة أهل العلم والتحصيل ، ولا بد في تحصيل زيادة البصيرة فيما نشرع فيه من تقديم تحصيل أمور : الأمر الأول مفهومه لغة ، قيل هو مشترك بين الوطء والعقد اشتراكا لفظيا ، وقيل حقيقة في العقد مجاز في الوطء ، وقيل بقلبه وعليه مشايخنا رحمهم الله صرحوا به وصرحوا بأنه حقيقة في الضم ، ولا منافاة بين كلامهم لأن الوطء من أفراد الضم ، والموضوع للأعم حقيقة في كل من أفراد الإنسان في زيد لا يعرف القدماء غير هذا إلى أن حدث التفصيل بين أن يراد به خصوص الشخص بعينه ، يعنى يجعل خصوص عوارضه المشخصة مرادا مع المعنى الأعم بلفظ الأعم فيكون مجازا وإلا فحقيقة ، وكأن هذه الإرادة قلما تخطر عند الإطلاق حتى ترك الأقدمون تقدير ذلك التفصيل يل المتبادر من مراد من يقول لزيد يا إنسان يامن يصدق عليه هذا اللفظ لا يلاحظ أكثر من ذلك فيكون المشترك المعنوي حقيقة فيهما . واعلم أن المتحقق الاستعمال في كل من هذه المعاني . ففي الوطء قوله صلى الله عليه وسلم « ولدت من نكاح لامن سفاح » أى من وطء حلال لا من وطء حرام . وقوله « يحل للرجل من أمراته الحائض كل شيء إلا النكاح » وقول الشاعر :

ومن أيم قد أنكحها رماحنا وأخرى على خال وعم تلحف
وقوله : * ومنكوحة غير ممهورة *

وقول الآخر : التاركين على طهر نساءهم والناكحين بشطى دجلة البقرا
وفي العقد قول الأعشى :

ولا تقربن جارة إن سرها عليك حرام فانكحن أو تأبدا
وفي المعنى الأعم قول القائل :

ضممت إلى صدرى معطر صدرها كما نكحت أم الغلام صبيها
أى ضمته ، وقول أبي الطيب :

أنكحت صم حصاها خف يعملة تغشمت بي إليك السهل والجبل

فدعى الاشتراك اللفظي يقول تحقق الاستعمال والأصل الحقيقة . والثاني يقول كونه مجازا في أحدهما حقيقة في الآخر حيث أمكن أولى من الاشتراك ثم يدعى تبادل العقد عند إطلاق لفظ النكاح دون الوطء ويحل فهم الوطء منه حيث فهم على القرينة ؛ ففي الحديث الأول هي عطف السفاح بل يصح حمل النكاح فيه على العقد وإن كان

وقد اشتهرت في وعيد من رغب عنه وتحريض من رغب فيه الآثار ، وما اتفق في حكم من أحكام الشرع مثل ما اتفق في النكاح من اجتماع دواعى الشرع والعقل والطبع . فأما دواعى الشرع من الكتاب والسنة والإجماع فظاهرة .

الولادة بالذات من الوطء ، وفي الحديث الثاني إضافة المرأة إلى ضمير الرجل ، فإن أمرته هي المعقود عليها فيلزم إرادة الوطء من النكاح المستثنى وإلا فسد المعنى إذ يصير يحل من المعقود عليها كل شيء إلا العقد ، وفي الآيات الإضافة إلى البقر ونفي المهر والإسناد إلى الرماح ، إذ يستفاد أن المراد وطء البقر والمسليات . والجواب منع تبادر العقد عند إطلاق لفظ النكاح لغة بل ذلك في المفهوم الشرعي الفقهي . ولا نسلم أن فهم الوطء فيما ذكر مستند إلى القرينة وإن كانت موجودة ، إذ وجود قرينة يؤيد إرادة المعنى الحقيقي مما يثبت مع إرادة الحقيقي فلا يستلزم ذلك كون المعنى مجازيا بل المعتبر تجريد النظر إلى القرينة إن عرف أنه لولاها لم يدل اللفظ على ما عينته فهو مجاز وإلا فلا ، ونحن في هذه المواد المذكورة نفهم الوطء قبل طلب القرينة والنظر في وجه دلالتها فيكون اللفظ حقيقة وإن كان مقرونا بما إذا نظر فيه استدعى إرادة ذلك المعنى . ألا يرى أن ما ادعوا فيه الشهادة على أنه حقيقة في العقد من بيت الأعشى فيه قرينة تفيد العقد أيضا ، فإن قوله فلا تقر بن جارة نهى عن الزنا بدليل إن سرها عليك حرام فيلزم أن قوله فانكحن أمر بالعقد : أي فزوج إن كان الزنا عليك حراما أو تأبد ، أي توحش : أي كن منها كالوحد بالنسبة إلى آدميات فلا يكن منك قربان لمن كما لا يقرهن وحشي ، ولم يمنع ذلك أن يكون اللفظ في العقد حقيقة عندهم في هذا البيت إذ هم لا يقولون بأنه مجاز في هذا البيت ، وأما ادعاء أنه في الحديث للعقد فيستلزم التجوز في نسبة الولادة إليه لأن العقد إنما هو سبب السبب ، ففيه دعوى حقيقة بالخروج عن حقيقة وهو ترجيح بلا مرجح لو كانا سواء ، فكيف والأنسب كونه في الوطء ليتحقق التقابل بينه وبين السفاح ، إذ يصير المعنى من وطء حلال لمن وطء حرام فيكون على خاص من الوطء ، والدال على الخصوصية لفظ السفاح أيضا فثبت إلى هنا أننا لم نزد على ثبوت مجرد الاستعمال شيئا يجب اعتباره ، وقد علم ثبوت الاستعمال أيضا في الضم ، فباعباره حقيقة فيه يكون مشتركا معنويا من أفراد الوطء والعقد إن اعتبرنا الضم أعم من ضم الجسم إلى الجسم والقول إلى القول أو الوطء فقط فيكون مجازا في العقد لأنه إذا دار بين المجاز والاشتراك اللفظي كان المجاز أولى ما لم يثبت صريحا خلافا ، ولم يثبت نقل ذلك بل قالوا : نقل المبرد عن البصريين وغلغام ثعلب الشيخ أبو عمر الزاهد عن الكوفيين أنه الجمع والضم ، ثم المتبادر من لفظ الضم تعلقه بالأجسام لا الأقوال لأنها أعراض يتلاشى الأول منها قبل وجود الثاني ، فلا يصادف الثاني ما ينضم إليه فوجب كونه مجازا في العقد ، ثم أفراد الضم تختلف بالشدة فيكون لفظ النكاح من قبيل المشكك . الأمر الثاني مفهومه اصطلاحا وهو عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصدا ، والقيد الأخير لإخراج شراء الأمة للتسرى ، والمراد وضع الشارع لا وضع المتعاقدين له وإلا ورد عابه أن المقصود من الشراء قد لا يكون إلا المتعة . واعلم أن من الشارحين من يعبر عن هذا بتفسيره شرعا . ويجب أن يراد عرف أهل الشرع وهو معنى الاصطلاح الذي عبرنا به لا أن الشارع نقله فإنه لم يثبت ، وإنما تكلم به الشارع

وأما دواعي العقل فإن كل عاقل يجب أن يبقى اسمه ولا يندمج ريمه ، وما ذاك غالبا إلا ببقاء النسل . وأما الطبع فإن الطبع البهيمي من الذكر والأنثى يدعو إلى تحقيق ما أعد من المباحضات الشهوانية والمضاجعات النفسانية ، ولا مزجوة فيها إذا كانت بأمر الشرع وإن كانت بدواعي الطبع بل يوجب عليه ، بخلاف سائر المشروعات . والنكاح في اللغة عبارة عن الوطء ، ثم قيل للزوج نكاح مجازا لأنه سبب له ، وقيل هو مشترك بينهما .

(قوله لا بقاء النسل) أقول : . والنكاح طريقه (قوله ولا مزجوة فيها الخ) أقول : ينتقض بالإكل والشراب .

على وفق اللغة فلذا حيث ورد في الكتاب أو السنة مجردا عن القرائن نحمله على الوطء كما في قوله - ولا تنكحوا ما نكح آبائكم - حتى أثبتوا بها حرمة من زنا بها الأب على الابن . وقول قاضيه خان : إنه في اللغة والشرع حقيقة في الوطء مجاز في العقد ، وقول صاحب المجتبى : هو في عرف الفقهاء العقد يوافق ما بينا . والمراد بالعقد مطلقا سواء كان نكاحا أو غيره مجموع لإيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر : سواء كانا باللفظين المشهورين من زوجت أو تزوجت أو غيرهما مما سنذكر أو كلام الواحد القائم مقامهما : أعني المتولى الطرفين . وقول الورشكي : إنه معنى يحل المحل فيتغير به وزوجت وتزوجت آلة انعقاده إطلاق له على حكمه فإن المعنى الذي يتغير به حال المحل من الحل والحرمة هو حكم العقد ، وقد صرح بإخراج اللفظين عن مساه وهو اصطلاح آخر غير مشهور . الأمر الثالث سبب شرعيته تعلق البقاء المقدر في العلم الأزلي على الوجه الأكمل ، وإلا فيمكن بقاء النوع بالوطء على غير الوجه المشروع لكنه مستلزم للتظام والسفك وضياح الأنساب ، بخلافه على الوجه المشروع . الأمر الرابع شرطه الخاص به سماع اثنين بوصف خاص يذكر ، وأما المحلية فن الشروط العامة وتختلف بحسب الأشياء والأحكام كحلية المبيع للبيع والأثني للنكاح . الأمر الخامس : شوطه الذي لا يخصه الأهلية بالعقل والبلوغ ، وينبغي أن يراد في الولي لا في الزوج والزوجة ولا في متولى العقد ، فإن تزويج الصغير والصغيرة جائز ، وتوكيل الصبي الذي يعقل العقد ويقصده جائز عندنا في البيع ، فصحته هنا أولى لأنه محض سفير ، وأما الحرية فشرط النفاذ بلا إذن أحد . الأمر السادس ركنه . وهو الجنس المقيد في التعريف . الأمر السابع حكمه حل استمتاع كل منهما بالآخر على الوجه المأذون فيه شرعا ، فخرج الوطء في الدبر وحرمة المصاهرة وملك كل منهما على الآخر بعض الأشياء مما سيرد في أثناء الكتاب . الأمر الثامن صفته ، أما في حال التوقان قال بعضهم : هو واجب بالإجماع لأنه يغلب على الظن أو يخاف الوقوع في الحرام ، وفي النهاية : إن كان له خوف الوقوع في الزنا بحيث لا يتمكن من التحرز إلا به كان فرضا اه . ويمكن الحمل على اختلاف المراد فإنه قيد الخوف الواقع سببا للافتراض بكونه بحيث لا يتمكن من التحرز إلا به ولم يقيد به في العبارة الأولى ، وليس الخوف مطلقا يستلزم بلوغه إلى عدم التمكن فليكن عند ذلك المبلغ فرضا وإلا فواجب . هذا ما يعارضه خوف الجور ، فإن عارضه كره . قيل : لأن النكاح إنما شرع لتحصيل النفس وتحصيل الثواب بالولد الذي يعبد الله تعالى . والذي يخاف الجور يأثم ويرتكب المحرمات فتتعلم المصالح لرجحان هذه المفاسد ، وقضيته الحرمة إلا أن النصوص لا تفصل فقلنا بالشبهين اه . وينبغي تفصيل خوف الجور كتفصيل خوف الزنا ، فإن بلغ مبلغ ما افترض فيه النكاح حرم وإلا كره كراهة تحريم ، والله أعلم . وفي البدائع : قيد الافتراض في التوقان بملك المهر والنفقة ، فإن من تافت نفسه بحيث لا يمكنه الصبر عنهن وهو قادر على المهر والنفقة ولم يتزوج يأثم ، وصرح قبله بالافتراض في حالة التوقان . وأما في حالة الاعتدال فداود وأتباعه من أهل الظاهر على أنه فرض عين على القادر على الوطء والإنفاق تمسكا بقوله تعالى - فانكحوا ما طاب لكم من النساء - الآية ، وقوله صلى الله عليه وسلم لعكاف بن وداعة الهلالي : « ألك زوجة ياعكاف ؟ قال لا ، قال : ولا جارية ؟ قال لا ، قال : وأنت صحيح موسر ؟ قال : نعم والحمد لله ، قال :

وفي الاصطلاح عقد وضع لتليك منافع البضغ . وسببه تعلق البقاء المقدور بتعاطيه . وشرطه الخاص بحضور شاهدين لا ينعقد إلا به ، بخلاف بقية الأحكام فإن الشهادة فيها للظهور عند الحاكم لا الانعقاد . وشرطه العام الأهلية

فأنت إذا من إخوان الشياطين ، إما أن تكون من رهبان النصارى فأنت منهم ، وإما أن تكوز منا فاصنع كما نصنع ، وإن من سنتنا النكاح ، شراركم عزابكم ، وأراذل موتاكم عزابكم ، ويحك يا عكاف تزوج ، قال : فقال عكاف : يا رسول الله إني لا أتزوج حتى تزوجني من شئت ، قال : فقال صلى الله عليه وسلم : فقد زوجتك على اسم الله والبركة كريمة بنت كلثوم الحميري » رواه أبو يعلى في مسند من طريق بقية ، وقوله صلى الله عليه وسلم « تناكحوا تناسلوا تكثروا فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة » واختلف مشايخنا ، فقيل فرض كفاية للدليل الأول والأخير . وتعليق الحكم بالعام لا يبنى كونه على الكفاية لأن الوجوب في الكفاية على الكل والمعرف لكونه يسقط بفعل البعض معرفة سبب شرعيته ، فإن كان بحيث يحصل بفعل البعض كان على الكفاية ، وقد عقدنا أن المقصود من الإيجاب تكثير المسلمين بالطريق الشرعي وعدم انقطاعهم ، ولذا صرح بالعلة حيث قال صلى الله عليه وسلم « تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم » رواه أبو داود وهذا يحصل بفعل البعض . وأما حديث عكاف فإيجاب على معين فيجوز كون سبب الوجوب تحقق في حقه . وقيل : واجب على الكفاية لما أن الثابت بخبر الواحد الظن والآية لم تسق إلا لبيان العدد المحلل على ما عرف في الأصول . وقيل مستحب . وقيل إنه سنة مؤكدة وهو الأصح . وهو محمل قول من أطلق الاستحباب . وكثيرا ما يتساهل في إطلاق المستحب على السنة . وتقل عن الشافعي رحمه الله أنه مباح ، وأن التجرد للعبادة أفضل منه ، وحقيقة أفضل يبنى كونه مباحا إذ لأفضل في المباح . والحق أنه إن اقترن بنية كان ذا فضل ، والتجرد أفضل لقوله تعالى - وسيدا وحصورا ونيا من الصالحين - مدح يحى عليه السلام بعدم إتيان النساء مع القدرة عليه لأن هذا معنى الحصور . وحينئذ فإذا استدلل عليه بمثل قوله صلى الله عليه وسلم « من أراد أن يلقى الله طاهرا مطهرا فليتزوج الخرائر » رواه ابن ماجه ، وبقوله صلى الله عليه وسلم « أربع من سنن المرسلين : الحناء ، والتعطير ، والسواك ، والنكاح » رواه الترمذي وقال : حسن غريب ، وبقوله صلى الله عليه وسلم « أربع من أعطين فقد أعطى خير الدنيا والآخرة : تابا شاكرا ، ولسانا ذاكرا ، وبدنا على البلاء صابرا ، وزوجة لا تبغيه حوبا في نفسها وناله » رواه الطبراني في الكبير والأوسط ، وإسناد أحدهما جيد . له أن يقول في الجواب لا أنكر الفضيلة مع حسن النية وإنما أقول التخلي للعبادة أفضل . فالأولى في جوابه النمك بحاله صلى الله عليه وسلم في نفسه وردة على من أراد من أمته التخلي للعبادة ، فإنه صريح في عين المتنازع فيه وهو ما في الصحيحين « أن نقرا من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم قد سألوا أرواحه عن عماله في السر فقال بعضهم : لا أتزوج النساء ، وقال بعضهم : لا آكل اللحم ، وقال بعضهم : لا أنام على فراش فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فحمد الله وأثنى عليه وقال : ما بال أقوام قالوا كذا وكذا . لكنني أصلي وأنام وأصوم وأفطر وأتزوج النساء ، فمن رغب عن سنتي فليس مني » فرد هذا الحال ردا مؤكدا حتى تبرأ منه . وبالجملة فالأفضلية في الاتباع لا فيما يجيل للنفس أنه أفضل نظرا إلى ظاهر عبادة وتوجه ، ولم يكن الله عز وجل يرضى لأشرف أنبيائه إلا بأشرف الأحوال ، وكان حاله إلى الوفاة النكاح فيستحيل أن يقره على ترك الأفضل مدة حياته ، وحال يحيى بن زكريا عليهما السلام كان أفضل في تلك الشريعة ، وقد نسخت الرهبانية في ملتنا ، ولو تعارضنا

بالعقل والبلوغ والحل ، وهي امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي . وركنه الإيجاب والقبول كما في سائر العقود ؛ والإيجاب هو المتلفظ به أولا من أي جانب كان والقبول جوابه . وحكمه ثبوت الحل عليها ووجوب

(النكاح ينقذ بالإيجاب والقبول)

قدم التمسك بحال النبي صلى الله عليه وسلم . وعن ابن عباس رضى الله عنهما : « تزوجوا فإن خير هذه الأمة أكثرها نساء » ومن تأمل ما يشتمل عليه النكاح من تهذيب الأخلاق وتوسعة الباطن بالتحمل في معايشة أبناء النوع وتربية الولد والقيام بمصالح المسلم العاجز عن القيام بها والنفقة على الأقارب والمستضعفين وإعفاف الحرم ونفسه ودفع الفتنة عنه وعنهم ودفع التقدير عنهم بحبسهن لكفائتهن مئونة سبب الخروج ثم الاشتغال بتأديب نفسه وتأهيله للعبودية ولتكون هي أيضا سببا لتأهيل غيرها وأمرها بالصلاة ، فإن هذه الفرائض كثيرة لم يكده يقف عن الجزم بأنه أفضل من التخلي ، بخلاف ما إذا عارضه خوف الجور إذ الكلام ليس فيه بل في الاعتدال مع أداء الفرائض والسنن . وذكرنا أنه إذا لم يقترن به نية كان مباحا عنده لأن المقصود منه حينئذ مجرد قضاء الشهوة ومبنى العبادة على خلافه . وأقول : بل فيه فضل من جهة أنه كان متمكنا من قضائها بغير الطريق المشروع . فالعدول إليه مع ما علمه من أنه قد يستلزم أثقالا فيه قصد ترك المعصية وعليه يثاب ووعد العون من الله تعالى لاستحسان حاله ، قال صلى الله عليه وسلم « ثلاثة حق على الله عونهم : المجاهد في سبيل الله ، والمكاتب الذي يريد الأداء ، والناكح الذي يريد العفاف » صححه الترمذى والحاكم . أما إذا لم يتزوج المرأة إلا لعزها أو مالها أو حسبها فهو ممنوع شرعا ، قال صلى الله عليه وسلم « من تزوج امرأة لعزها لم يزد الله إلا ذلا . ومن تزوجها لمالها لم يزد الله إلا فقرا ، ومن تزوجها لحسبها لم يزد الله إلا دناءة . ومن تزوج امرأة لم يرد بها إلا أن يغض بصره ويحصن فرجه أو يصل رحمه بارك الله له فيها وبارك لها فيه » رواه الطبراني في الأوسط . وقال صلى الله عليه وسلم « لا تزوجوا النساء لحسنهن فعسى حسنهن أن يردنهن . ولا تزوجوهن لأموالهن فعسى أموالهن أن تطغيهن . ولكن تزوجوهن على الدين ، فلأمة خرقاء سوداء ذات دين أفضل » رواه ابن ماجه من طريق عبد الرحمن بن زياد بن أنعم . وعن معقل ابن يسار قال « جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله إني أصبت امرأة ذات حسن وجمال وحسب ومنصب ومال إلا أنها لا تلد أفأتزوجها ؟ فنهاه ، ثم أتاه الثانية فقال له مثل ذلك ، ثم أتاه الثالثة ، فقال : تزوجوا الودود الولود فإنى مكاثركم بكم الأمم » رواه أبو داود والنسائي والحاكم وصححه . هذا ويستحب مباشرة عقد النكاح في المسجد لأنه عبادة ، وكونه في يوم الجمعة . واختلفوا في كراهة الزفاف ، و المختار أنه لا يكره إذا لم يشتمل على مفسدة دينية . وفي الترمذى عن عائشة رضى الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف » وفي البخارى عنها قالت « زفنا امرأة إلى رجل من الأنصار ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : يا عائشة أما يكون معهم لهو فإن الأنصار يعجبهم اللهو » وروى الترمذى والنسائي عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « فضل ما بين الحلال والحرام الدف والصوت » وقال الفقهاء : المراد بالدف ما لا جلاجل له ، والله سبحانه وتعالى أعلم (قوله النكاح ينقذ بالإيجاب والقبول) قدمنا أن النكاح في عرف الفقهاء هو العقد ، وهذا بيان لأن هذا العقد لم يثبت انعقاده حتى يتم عقدا مستعقبا لأحكامه ، فلفظ النكاح في قوله النكاح ينقذ بمعنى العقد : أى ذلك العقد الخاص ينقذ حتى تتم حقيقته في الوجود بالإيجاب والقبول ، والانعقاد هو ارتباط أحد الكلامين بالآخر على وجه يسمى باعتباره عقدا شرعيا ويستعقب الأحكام

المهر عليه وحرمة المصاهرة والجمع بين الأختين ، وهو في حالة التوقان واجب لأن التخير عن الزنا واجب وهو لا يتم إلا بالنكاح ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ، وفي حالة الاعتدال مستحب ، وفي حالة خوف الجور مكروه قال (النكاح ينقذ بالإيجاب والقبول)

بلفظين يعبر بهما عن الماضي) لأن الصيغة وإن كانت للإخبار وضعا فقد جعلت للإنشاء شرعا دفعا للحاجة

وذلك بوقوع الثاني جوابا معتبرا محققا لغرض الكلام السابق ، ويسمع كل من العاقلين كلام صاحبه ، والكلامان هما الإيجاب والقبول . فاقيل في تعريف الإيجاب إنه إصدار الصيغة الصالحة لإفادة ذلك العقد مع أنه صادق على القبول خلاف الواقع من العرف المشهور ، بل إن الإيجاب هو نفس الصيغة الصالحة لتلك الإفادة بقيد كونها أولا والقبول هي بقيد وقوعها ثانيا من أى جانب كان كل منهما ، فما ذكر في الدراية وغيرها من قوله : لو قدم القبول على الإيجاب ، بأن قال تزوجت ببتك فقال زوجتكها ينعقد به صحيح في الحكم ممنوع كونه من تقديم القبول ، بل لا يتصور تقديمه لأن ما يقدم هو الإيجاب كما صرح به في النهاية هنا وصرح الكل به في البيع ، وكان الحامل على جعله الإصدار وصل قوله بلفظين بقوله بالإيجاب والقبول فأفاد آليتهما لهما فكانا خلافيهما . والحق ما أعلمتكم ووصلهما إبدال أو بيان يدفع به ما قد يتوهمه من لا يعرف معنى الإيجاب والقبول في العرف فيعهم المقيّد فأبدل منه لتخرج الكتابة ، فلو كتبنا الإيجاب والقبول لا ينعقد ، والمراد باللفظين ما هو أعم من الحقيقة والحكم فيدخل متولى الطرفين أو ما يخص الحقيقة ، وليس هذا بحد بل إخبارات منسوبة بعضها على بعض لإفادة ما يتم به العقد فقال : وينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي وينعقد بلفظين أحدهما مستقبل لأنه توكيل . والواحد يتولى طرفي النكاح فينعقد بكلام الواحد كما ينعقد بكلام الاثنين . ولا إشكال في شيء من هذا . وعرف من تعريف الإيجاب والقبول بأنهما اللفظان الصالحان لإفادة ذلك العقد عدم الاختصاص بالعربية . وعدم لزوم ذكر المفعولين أو أحدهما بعد دلالة المقام والمقدمات على الغرض لأن الحذف لدليل جائز في كل لسان ، وعدم لزوم لفظ النكاح والتزويج ، فعن هذا قلنا : إذا قالت زوجتك نفسي فقال قبلت ، أو قال تزوجتك فقالت قبلت جاز ولا مفعول حتى لو كان القابل سفيرا ولا مفعول ولم يصفه إلى الموكل نفذ عليه . في التجنيس : رجل خطب لابنه الصغير امرأة ، فلما اجتماعا للعقد قال أبو المرأة لأبي الزوج : دادم بزني اين دختر را بهزا ردم ، فقال أبو الزوج : بزيرقم يجوز النكاح على الأب وإن جرى بينهما مقدمات النكاح للابن هو المختار لأن الأب أضافه إلى نفسه ، وهذا أمر يجب أن يحتاط فيه . بخلاف ما لو قال أبو الصغيرة : زوجت بنتي من ابنتك ، فقال أبو الابن قبلت ولم يقل لابني يجوز النكاح للابن لإضافة المزوج النكاح إلى الابن بيقين . وقول القابل قبلت جواب له ، والجواب يتقيد بالأول فصار كما لو قال قبلت لابني ، ونظير الأول في البيع لو قال لآخر بعد ما جرى بينهما مقدمات البيع بعث هذا بألف ولم يقل منك . فقال الآخر اشتريت صح ولزم : وكذا لو قالت المرأة بالفارسية : خويشتن خريدم بعده وكآين ، فقال الزوج : فروختم صح ولزم وإن لم يقل منك (قوله يعبر بهما عن الماضي) مثل أنكحتك وزوجتك فيقول قبلت أو فعلت أو رضيت . وفي الانعقاد بصرت لي وصرت لك خلاف ، وظاهر الخلاصة اختياره إذا اتصل به القبول ، ولو قالت عرستك نفسي فقبل ينعقد ، ثم بين أن الانعقاد به باعتبار أنه جعل إنشاء شرعا فصار هو علة لمعناه فيثبت المعنى عقبيه . والمراد بقوله جعلت للإنشاء شرعا تقرير الشرع ما كان في اللغة ، وذلك لأن العقد قد كان ينشأ بها قبل الشرع فقرره الشرع وإنما اختيرت للإنشاء لأنها أدل على الوجود والتحقق حيث أفادت دخول المعنى في الوجود قبل الإخبار فأفيد بها

قد ذكرت معنى الانعقاد في كتاب البيوع على ما سأتى . وقوله (يعبر بهما) أى بلفظ ويبين لأن التعبير البيان ، قال الله تعالى - إن كنتم للرؤيا تعبرون - أى تبينون ، وإنما اختير لفظ الماضي للإنشاء وهو

ما يلزم وجوده وجود اللفظ ، ثم لما علمنا أن الملاحظ من جهة الشرع في ثبوت الانعقاد ولزوم حكمه بجانب الرضا كما نص عليه في قوله تعالى - إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم - عدنا ثبوت الانعقاد ولزوم حكم العقد إلى كل لفظ يفيد ذلك بلا احتمال مساو للطرف الآخر قلنا : لو قال بالمضارع ذى الهمة أتزوجك فقالت زوجت نفسى انعقد ، وفي المبدوء بالتاء نحو تزوجنى بنتك؟ فقال فعلت عند عدم قصد الاستبعاد لأنه يتحقق فيه هذا الاحتمال ، بخلاف الأول لأنه لا يستخير نفسه عن الوعد . وإذا كان كذلك والنكاح مما لا تجرى فيه المساومة كان للتحقيق في الحال فانعقد به لا باعتبار وضعه للإنشاء بل باعتبار استعماله في غرض تحقيقه واستفادة الرضا منه حتى قلنا : لو صرح بالاستفهام اعتبر فهم الحال . في شرح الطحاوى : لو قال هل أعطينيها فقال أعطيت ، إن كان المجلس للوعد فوعد وإن كان للعقد فنكاح ، فيحمل قول المرخسى بالفارسية ميدهى ليس بشيء على ما إذا لم يكن قصد التحقيق ظاهرا ، ولو قال باسم الفاعل فكذلك . عن أبي حنيفة : إذا قال جئتكم خاطبا بنتك أو تزوجنى ابنتك فقال الأب زوجتك فالنكاح لازم ، وليس للخاطب أن لا يقبل لعدم جريان المساومة فيه كما قلنا ، والانعقاد بقوله أنا متزوجك ينبغي أن يكون كالمضارع المبدوء بالهزة سواء . وقلنا ينعقد بلفظين وضع أحدهما للمستقبل : يعنى الأمر ، فلو قال زوجنى بنتك فقال زوجتك انعقد ، ومنه كونى امرأتى ينعقد إذا قبلت . وفي النوازل : قال زوجى نفسك منى فقالت بالسمع والطاعة صح النكاح ، غير أن المصنف جعل الصحة باعتبار أنه توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفى النكاح فيكون تمام العقد على هذا قائما بالمجيب . وصرح غيره بأنها نفسها لإيجاب فيكون قائما بهما . في فتاوى قاضى خان قال : ولقطة الأمر في النكاح إيجاب ، وكذا في الطلاق إذا قالت طلقنى على ألف فطلق كان تاما ، وكذا في الخلع : وكذا لو قال لغيره اكفل لى بنفس فلان هذا أو بما عليه فقال كفلت تمت الكفالة ، وكذا لو قال هب لى هذا العبد فقال وهبت فى مسائل أخر ذكرها ، وهذا أحسن لأن الإيجاب ليس إلا اللفظ المفيد قصد تحقق المعنى أولا وهو صادق على لقطة الأمر فليكن لإيجابا . ويستغنى عما أورد على تقرير الكتاب من أنه لو كان توكيلا لما اقتصر على المجلس . وجوابه بأنه فى ضمن الأمر بالفعل فيكون قبوله تحصيل الفعل فى المجلس . والظاهر أنه لا بد من اعتباره توكيلا وإلا بقى طلب الفرق بين النكاح والبيع حيث لا يتم بقوله بعنيه بكذا فيقول بعث بلا جواب ، إذ جوابه ما ذكره المصنف فى البيع بأنه توكيل والواحد يتولى طرفى العقد فى النكاح فصح دون البيع ، وحينئذ فتمام العقد قائم بالمجيب فلا يصح قوله ينعقد بلفظين يعبر بأحدهما عن المستقبل ، فلذا قيل المثال الصحيح أتزوجك بألف فتقول قبلت على إرادة الحال ، وعرف من هذا أن شرط القبول فى النكاح المجلس كالبيع لا الفور خلافا للشافعى رحمه الله . وقد يؤم ما ذكر فى المنية قال : زوجتك بنى بألف فسكت الخاطب فقال الصهر ادفع المهر فقال نعم فهو قبول ، وقيل لا أن فيه خلافا وإن كان المختار الصحة ، وقد يكون منشؤه من جهة أنه كان متصفا بكونه خاطبا ، فحيث سكت ولم يجب على الفور كان ظاهرا فى رجوعه فيحكم به أولا ، فقوله نعم بعده لا يفيد بمفرده لأن الفور شرط مطلقا ، والله سبحانه أعلم . وصورة اختلاف المجلس أن يوجب أحدهما فيقوم الآخر قبل القبول أو يكون قد اشتغل بعمل آخر

الكلام الذى ليس لنسبته خارج تطابقه أو لا تطابقه ليدل على التحقق والثبوت فكان أدل على قضاء الحاجة .

يوجب اختلاف المجلس ، ثم قيل لا ينعقد لأن الانعقاد هو ارتباط أحد الكلامين بالآخر وباختلاف المجلس يتفرقان حقيقة وحكما ، فلو عقدا وهما يمشيان أو يسيران على الدابة لا يجوز ، وإن كانا في سفينة سائرة جاز ، واستعرف الفرق في البيع إن شاء الله تعالى .

[فروع] تزوج باسمها الذى تعرف به ، حتى لو كان لها اسمان اسم في صغرها وآخر في كبرها تزوج بالآخر لأنها صارت معروفة به ، ولو كانت له بنتان كبرى اسمها عائشة وصغرى اسمها فاطمة فقال تزوجتك بنتى فاطمة وهو يريد عائشة فقبل انعقد على فاطمة ، ولو قال تزوجتك بنتى فاطمة الكبرى قالوا يجب أن لا ينعقد على إحداهما ولو قال تزوجت بنتى فلانة من ابنتك فقبل وليس لهما إلا ابن واحد وبنت صح ، وإن كان لهما ابنتان أو ابنتان لا ، إلا أن يسميا البنت والابن . ولو تزوج غائبة وكيل فإن كان الشهود يعرفونها فذكر مجرد اسمها جاز ، وإن لم يعرفوها فلا بد من ذكر اسمها واسم أبيها وجدها . أما لو كانت حاضرة منقبة فقال تزوجت هذه وقبلت جاز لأنها صارت معروفة بالإشارة . وأما الغائبة فلا تعرف إلا بالاسم والنسب . وقيل : يشترط في الحاضرة كشف النقاب . وسند ذكر وجه عده في الوكالة بالنكاح إن شاء الله تعالى . وكذا الحال في تسمية الزوج الغائب . وفي التنجيس : له ابنة اسمها فاطمة فقال وقت العقد زوجتك بنتى عائشة ولم تقع الإشارة إلى شخصها لا يصح . فإنه إذا لم يشر إليها يقع العقد على المسمى وليس له ابنة بذلك الاسم . وفي النوازل : قال أبو بكر : خثنى مشكل زوج من خثنى مشكل برضا النولى فلما كبرا إذا الزوج امرأة والزوجة رجل جاز نكاحهما عندي لأن قوله زوجتك يستوى من الجانيين . وفي صغيرين قال أبو أحدهما زوجت بنتى هذه من ابنتك هذا وقبل الآخر ثم ظهر أن الجارية غلام والغلام جارية جاز لذلك أيضا . وقال العتاني : لا يجوز . وفي المنية : زوجت وتزوجت يصلح من الجانيين . وفي التنجيس : رجل قال لامرأة بحضرة الشهود راجعتك فقالت المرأة رضيت يكون نكاحا . فإنه نص في الجامع الكبير أنه لو قال للمطلقة طلاقا بانئا أو ثلاثا إن راجعتك فعبدى حر تنصرف الرجعة إلى النكاح لأن الرجعة قد يراد بها النكاح فينظر إلى المحل والمحل هنا لا يقبل الرجعة المعروفة فانصرفت إلى النكاح ، وسأئى الكلام في الرجعة بلفظ النكاح في كتاب الطلاق إن شاء الله تعالى . ثم قال : وذكر في الأجناس لو طلق امرأة بانئا ثم قال راجعتك على كذا وكذا فرضيت المرأة بذلك بحضرة الشهود فإن هذا نكاح جائز . وإن لم يذكر مالا فليس بنكاح إلا أن يجتمعا أنه أراد بذلك نكاحا فكان نكاحا ، فتبين بهذا أن ما ذكر في الكتاب محمول على ما إذا ذكر المال أو أقر أن الزوج أراد به النكاح اهـ . وذكر في فتاوى قاضيخان عن بعضهم تفصيلا بين المبانة والأجنبية . ففي المبانة يكون نكاحا وفي الأجنبية لا وسكت عليه وهو الأحسن . فإن التزويح بلفظ الرجعة في نكاح المطلقة لا يستلزم صحته في غيرها . رجل وامرأة أقرتا بالنكاح بحضرة الشهود فقال هي امرأتى وأنا زوجها ، وقالت هو زوجى وأنا امرأته وقال الآخر نعم لا ينعقد النكاح بينهما ، لأن الإقرار بإظهار لما هو ثابت فهو فرع سبق الثبوت ، ولهذا لو أقر لإنسان بمال كذبا لا يصير ملكا له ، وكذا لو قال أجزناه أو رضيناه بحضرة الشهود

(١) (قوله فلانة) يظهر أن الصواب حذفها تأمل وحرر ، كذا بهامش نسخة العلامة البحر اوى حفظه الله كتيبه مصححه .

(وينعقد بلفظين يعبر بأحدهما عن الماضي وبالأخر عن المستقبل ، مثل أن يقول زوجنى فيقول زوجتك) لأن هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح على ما نبينه إن شاء الله تعالى (وينعقد بلفظ النكاح والتزويج والهبة والتملك والصدقة) وقال الشافعي رحمه الله : لا ينعقد إلا بلفظ النكاح والتزويج لأن التملك ليس حقيقة فيه ولا مجازا عنه لأن التزويج للتلفيق والنكاح للضم . ولا ضم ولا ازدواج بين المالك

لا ينعقد بخلاف جعلناه . ولو قال الشهود جعلنا هذا نكاحا فقالا نعم انعقد لأنه ينعقد بلفظ الجعل ، حتى لو قالت جعلت نفسي زوجة لك فقبل ثم قال أعطيتك ألفا على أن تكوني امرأتى فقبلت ثم قال زوج بنتك فلانة منى بكذا فقال ادفعها واذهب بها حيث شئت لا ينعقد . في التجنيس كأنه لأنه كالمضاد إلى ما بعد الدفع ولا ينعقد بالمضاد . أو قال زوجتكها غدا فقبل لا يصح ، فعدم صحة المعلق أولى . وفي فتاوى قاضيخان قال الشيخ أبو بكر محمد بن الفضل : يكون ذلك نكاحا ولم يذكر خلاف قوله ، ويجوز النكاح المعلق إذا كان على أمر مضى لأنه معلوم للحال . وعليه فرع ما لو قال خطبت بنتك فلانة لابني فلان فقال زوجها من فلان قبل هذا فلم يصدقه الخاطب فقال إن لم أكن زوجها من فلان قبل فقد زوجها من ابنك وقبل أبو الابن بحضرة الشهود ولم يكن زوجها من أحد صح النكاح ، لأن التعليق بكائن للحال تحقيق وتنجز ، وإذا أضاد النكاح إلى نصفها مثلا فيه روايتان ، والأصح عدم الصحة ، كذا في فتاوى قاضيخان . وذكر في الميسوط في موضع جوازه كالطلاق (قوله وينعقد الخ) حاصل الألفاظ المذكورة هنا أربعة أقسام : قسم لاختلاف في الانعقاد به في المذهب بل الخلاف فيه من خارج المذهب . وقسم فيه خلاف في المذهب والصحيح الانعقاد . وقسم فيه خلاف والصحيح عدم الانعقاد . وقسم لاختلاف في عدم الانعقاد به . والأوجه أن ترتب على هذا الترتيب ليلي كل قسم ما هو أقرب إليه ، وهكذا فعل المصنف إلا في لفظ الوصية .

[القسم الأول] ماسوى لفظي النكاح والتزويج من لفظ الهبة والصدقة والتملك والجعل نحو جعلت بنتي لك بألف خلافا للشافعي ، وجوازه عندنا بطريق المجاز ، فإن المجاز كما يجري في الألفاظ اللغوية يجري في الألفاظ الشرعية بلا خلاف ، وإنما الكلام في تحقق طريقه هنا فنفاه الشافعي بناء على انتفاء ما يجوز التجوز . أما لإحالة فإنه لو وجد لصح أن يتجوز بلفظ كل منهما عن الآخر فكان يقال أنكحتك هذا الثوب مرادا به ملكتك ، كما يقال ملكتك نفسي أو بنتي مرادا به أنكحتك ، وليس فليس . وأما تفصيلا فلأن التزويج هو التلفيق وضعا والنكاح للضم ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة ولذا يفسد النكاح عند ورود ملك أحد الزوجين على الآخر ولو كان لم ينافه تأكد به ، وإن صح هذا الوجه عنه كان معترفا بأنه لغة على خلاف ما تقدم نقله عنه من أنه

وقوله (على ما نبينه) يعني في أول فصل الوكالة في النكاح وقوله (وينعقد بلفظ النكاح) بيان ألفاظ ينعقد بها النكاح (وقال الشافعي لا ينعقد إلا بلفظ النكاح والتزويج) لأنه إن انعقد بغيره مثل التملك مثلا . فلما أن ينعقد به من حيث إنه حقيقة أو من حيث إنه مجاز لا سبيل إلى الأول لأنه لو كان حقيقة كان التملك والتزويج مترادفين ، وليس كذلك إذ التملك يوجد بغير نكاح ولا إلى الثاني لعدم المناسبة بينهما (لأن التزويج للتلفيق) يقال : لفقت بين ثوبين ولفقت أحدهما بالآخر ، إذا لامعت بينهما بالخطابة (والنكاح للضم ، ولا ضم ولا ازدواج بين المالك

والمملوكة أصلاً . ولنا أن التملك سبب لملك المتعة في محلها بواسطة ملك الرقبة وهو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز . وينعقد بلفظ البيع

العقد إلا أن يعنى فيما تقدم أنه في لسان الشرع بناء على النقل (ولنا أن التملك) أى معناه الحقوقي (سبب لملك المتعة في محلها بواسطة) كونه سبب (ملك الرقبة و) ملك المتعة في محلها (هو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز) وأما عدم جواز استعارة النكاح للتمليك فليس لعدم المشترك بل لما فرغ منه في الأصول من أنه لا يجوز استعارة اسم المسبب للسبب عندنا إلا إذا كان المقصود من شرعية السبب شرعيته كالبيع لملك الرقبة ، وليس ملك المتعة الذى هو موجب النكاح هو المقصود من التملك بل ملك الرقبة . والجواب عن الثانى منع أنه لا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة . وقوله ولذا يفسد النكاح الخ . قلنا : فساد للزوم المنافاة بين كون أحدهما مالكا لكل الآخر ، وكون ذلك الآخر مالكا بحكم الزوجية لبعض ما يملكه عليه ذلك الآخر بحكم ملك الرقبة على مانين إن شاء الله تعالى في فصل المحرمات لعدم الضم والازدواج ، وللشافعى أيضا أنه كما خص النكاح باشتراط الشهادة إظهارا لخطره خص بالفظين النكاح والتزويج ولذا لم يرد غيرهما شرعا . والجواب منعها ، بل قد ورد بلفظ الهبة فلم يختص ، قال الله تعالى - وامرأة مؤمنة - إن وهبت نفسها للنبي - عطفًا على المحلات في قوله تعالى - إنا أحللنا لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن وما ملكت يمينك مما أفاء الله عليك - والأصل عدم الخصوصية حتى يقوم دليلها ، وقوله تعالى - خالصة لك من دون المؤمنين - يرجع إلى عدم المهر بقرينة إعقابه بالتعليل بنفى الحرج ، فإن الحرج ليس في ترك لفظ إلى غيره خصوصا بالنسبة إلى أفصح العرب بل في لزوم المال وقرينة وقوعه في مقابلة الموثى أجورهن فصار الحاصل أحللنا لك الأزواج الموثى مهورهن والتي وهبت نفسها لك فلم تأخذ مهرا خالصة هذه الخصلة لك من دون المؤمنين . أما هم فقد علمنا ما فرضناه عليهم في أزواجهم من المهر وغيره ، وأبلى صدر الشريعة جواز كونه متعلقا بأحللنا قيادا في إحلال أزواجه له لإفادة عدم حللن لغيره صلى الله عليه وسلم ، وله أيضا أن الشهادة شرط في النكاح ، والكناية لأبد فيها من النية ولا اطلاع للشهود عليها . قال في شرح الكنز : قلنا ليست شرطا مع ذكر المهر . وذكر السرخسى أنها ليست بشرط مطلقا لعدم اللبس كقولهم للشجاع أسد ، وكما إذا حلف لا يأكل من هذه النخلة فإنه ينصرف إلى المجاز من غير نية ولأن كلامنا فيما إذا صرحا به ولم يبق احتمال اه . ويشكل بأن الحكم بالمجاز يستدعى أمرين : أحدهما انتفاء قرينة تدل على إرادة غير ذلك المعنى المجازى ، ولذا لو طلب الزنا من امرأة فقالت وهبت نفسى منك أو أجرت نفسى منك وقبل لا ينعقد . والآخر وجود قرينة تفيد إرادة المعنى المجازى ، ولذا لو قال أبو البنت وهبت بنتى منك لتخدمك وقبل لا ينعقد هذا

والمملوكة أصلاً) فلا مناسبة بينهما . وقلنا المناسبة بينهما موجودة لأن (التملك سبب لملك المتعة في محلها) يعنى أن تملك الرقبة سبب لملك المتعة إذا صادفت محل المتعة لإفضائه إليه (و) ملك المتعة (هو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز) وقيد بقوله في محلها احترازًا عن تملك الغلمان والبهايم والأخت الرضاعية والأمة المحوسية فإنها ليست بمحل لملك المتعة . واعتراض بأن ملك الرقبة إذا ورد على ملك النكاح أفسده فكيف يثبت النكاح به . وأجيب بأن إفساده للنكاح ليس من حيث تحريم الوطء لاحتمال ، بل من حيث إبطال ضرب مالكية لها في مواجب النكاح من طلب القسم وتقدير النفقة والسكنى والمنع عن العزل ، وحيث لا منافاة بين ما يثبت ويتفقه فجازت الاستعارة . وقوله (وينعقد بلفظ البيع) يعنى بأن تقول المرأة بعثك نفسى أو قال أبوها بعثك بنتى بكذا وكذا

هو الصحيح لوجود طريق المجاز

في الحكم به ، أما في جواز التجوز فقط فالشرط مع الأول الإرادة لا قرينتها ، وذلك لأن اعتبار ثبوت معنى بعينه عند استعمال لفظ معين ليس لذات ذلك اللفظ لأن نسبته إليه كنسبته إلى غيره ، فالخصص المعنى معين دون غيره ليس إلا علاقة وضعه له أو إرادة ما بين ما وضع له معنى مشترك ثبت اعتبار نوعه عن الواضع في الاستعمال فيه فالإرادة لازمة في الحلين ، غير أن الحكم من السامع بإرادة المتكلم المعنى الحقيقي لا يقتصر إلى نصب قرينة تفيد إرادته بل يكفي عدم قرينة تصرف عنه ، وهذا ما يقال الكلام لحقيقته ما لم يقيم الدليل على مجازه ، بخلاف حكمه بإرادة ما لم يوضع له حيث يقتصر إلى دليل إرادته ، فإن لم يكن فلا بد من علم الشهود بمراده بأن أعلمهم به . ولذا قال في الدراية في تصوير الانعقاد بلفظ الإجارة عند من يجيزه أولا يجيزه أن يقول آجرت بنتي ونوى به النكاح وأعلم به الشهود اهـ . بخلاف ما إذا قال بعثتك بنتي بحضرة الشهود فإن عدم قبول المحل للمعنى الحقيقي وهو البيع للحرية يوجب الحمل على المجازي فهو القرينة فيمكن بها الشهود حتى لو كان المعقود عليها أمة احتيج إلى قرينة زائدة . في البدائع : لو قال لرجل وهبت أمي منك ، فإن كان الحال يدل على النكاح من إحضار الشهود وتسمية المهر مؤجلا أو معجلا ينصرف إلى النكاح ؛ وإن لم يكن الحال يدل على النكاح ، فإن نوى وصداقه الموهوب له فكن ذلك ؛ وإن لم ينو ينصرف إلى ملك الرقبة اهـ . والظاهر أنه إذا لم يدل الحال فلا بد مع النية من إعلام الشهود كذا قدمناه لأنه لا بد من فهمهما المراد على المختار على ما سنذكره . وقد رجع شمس الأئمة إلى التحقيق حيث قال : ولأن كلامنا فيما إذا صرحا به ولم يبق احتمال ولا يخفى عدم المناسبة بين ما علل به من عدم اللبس وحكمه وهو عدم اشتراط النية ، إذ عدم اللبس إنما يصلح لتعليل دعوى ظهورها وفهمها . وأما الخالف لا يأكل من هذه النخلة فمحكوم عليه بإرادة المجازي نظرا إلى تعذر الحقيقي وكونه متكلما واعيا . وأما المازل فريد للمعنى اللفظي غير مريد لحكمه فلا يلتفت لقصد عدم الحكم . نعم قد يقال في عقد المثلج يتعين لفظ الحقيقة بناء على كون الإلحاء قرينة تصرف عن إرادة المعنى المجازي إذ غرضه ليس إلا التخلص وذلك بإجراء اللفظ فقط ، أو مريدا حقيقته للتخلص وهي معتبرة إذ لا تصح هبة الحرة وبيعها . والذي أقيم مقام المعنى في قوله صلى الله عليه وسلم « ثلاث جد هن جد وهن جد : النكاح . والطلاق . والرجعة » هو الحقيقة دون المجاز . والله أعلم . وأورد كيف يعتقد بالهبة وبه تقع الفرقة إذا نوى به الطلاق وهو سؤال ساقط . أما أولا فهو مشترك الإلزام إذ يلزم مثله في الزوج فإنه يقع به الفرقة إذا نوى بقوله تزوجي . والحق أن الهبة فيها علاقة السببية للملك فيتجاوز بها . غير أنه إذا أضاف الملك المتجاوز عنه بالهبة إليها نفسها بقوله وهبت نفسك لك صح طلاقا ؛ وإن أضافه إلى الرجل صح نكاحا ؛ فظهر أن اختلاف الموجب في هذا اللفظ الواحد ليس إلا لاختلاف الإضافة بل بنفس توجيه السؤال يظهر صحة استعارتها للملك المغاير لملك الرقبة إذ لم يجيء الطلاق إلا باعتبار استعارتها له .

[القسم الثاني] ما اختلفوا في الانعقاد به ، والصحيح الصحة نحو بعث نفسي منك بكذا أو ابنتي أو اشتريتك بكذا فقالت نعم يعتقد (قوله هو الصحيح) احتراز عن قول أبي بكر الأعمش ، وقوله (لوجود طريق المجاز) تعليل للصحيح ، وجهه ما قدمنا في تقرير التملك . واختلف في الانعقاد بلفظ السلم فقبل لا لأن السلم في الحيوان

بلفظ الشراء بأن قال الرجل لامرأة اشتريتك بكذا فأجابت بنعم ، أشار إليه محمد في كتاب الحدود . وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول أبي بكر الأعمش إنه لا ينعقد بلفظ البيع لأنه خاص بتمليك مال والمملوك بالنكاح ليس

(ولا ينعقد بلفظ الإجارة) في الصحيح لأنه ليس بسبب الملك المتعة (و) لا بلفظ (الإباحة والإحلال والإعارة) لما قلنا (و) لا بلفظ (الوصية) لأنها توجب الملك مضافا إلى ما بعد الموت .

لا يصح . وقيل ينعقد لأنه ثبت به ملك الرقبة . والمنقول عن أبي حنيفة أن كل لفظ تملك به الرقاب ينعقد به النكاح والسلم في الحيوان ينعقد ، حتى لو اتصل به القبض ينعقد الملك فاسدا لكن ليس كل ما يفسد المعنى الحقيقي للفظ يفسد مجازيه لعدم لزوم اشتراك المفسد فيهما . وفي لفظ الصرف في شرح الكنز فيه روايتان . وفي البدائع : قيل لا ينعقد لأنه وضع لإثبات ملك الدراهم والدنانير التي لا تعين ، والمعقود عليه هنا تعين . وقيل ينعقد لأنه ثبت به ملك العين في الجملة . وظاهر هذا أنها قولان ، وكأن منشأهما الروايتان ، وأما الفرض فقيل ينعقد به لثبوت ملك العين به ، وقيل لا لأنه في معنى الإعارة . قيل الأول قياس قولهما ، والثاني قياس قول أبي يوسف بناء على ثبوت الملك به في العين وعنده لا . وأما لفظ الصلح فذكر صاحب الأجناس أنه لا ينعقد به . وذكر شمس الأئمة السرخسي في كتاب الصلح : ابتداء النكاح بلفظ الصلح والعطية جائز .

[القسم الثالث] لا ينعقد بالإجارة في الصحيح احترازا عن قول الكرخي ، وجهه أن الثابت بكل منهما ملك منفعة فوجد المشترك . وجه الصحيح على ما ذكرنا أنها لا تنعقد إلا مؤقتة ، والنكاح يشترط فيه نفيه فتضادا ، فلا يستعار أحدهما للآخر . وقد يقال : إن كان المتضاد أنهما العرضان اللذان لا يجتمعان في محل واحد لزمكم مثله في البيع لأنه لا يجتمع الكاح مع جواز العقد به . والتحقيق أن التوقيت ليس جزء مفهوم لفظ الإجارة بل شرط لاعتباره شرعا خارج عنه فهو مجرد تملك المنافع بعوض ، غير أنه إذا وقع مجردا لا يعتبر شرعا على مثال الصلاة هي القيام الخ ، ولو وجدت بلا طهارة لا تعتبر ، ولا يقال : إن الطهارة جزء مفهوم الصلاة ، ولذا عدل المصنف عن التوجيه بهذا إلى نفي السببية التي هي العلاقة ، فإن الإجارة ليست سببا لملك المتعة حتى يتجاوز بها عن النكاح ولهذا تبطل بالإعارة ، وهذا إذا جعلت المرأة مستأجرة . أما إذا جعلت بدل الإجارة أو رأس مال السلم كأن يقال استأجرت دارك بابنتي هذه أو أسلمتها إليك في كر حنطة ينبغي أن لا يختلف في جوازه ، فإنه أضاف إليها بلفظ تملك به الرقاب . قال المصنف رحمه الله (ولا بلفظ الوصية لأنها توجب الملك مضافا إلى ما بعد الموت) وعن الطحاوي ينعقد لأنه ثبت به ملك الرقبة في الجملة . وعن الكرخي إن قيد الوصية بالحال بأن قال : أوصيت لك ببنتي هذه الآن ينعقد للحال لأنه به صار مجازا عن التملك اهـ . وينبغي أن لا يختلف في صحته حينئذ . والحاصل أنه إذا قيدت بالحال يصح ، أو بما بعد الموت بأن قال أوصيت لك ببنتي بعد موتي لم يكن نكاحا ، ولو قال أوصيت

بمال ، ووجه الصحيح وجود طريق المجاز . وقوله (ولا ينعقد بلفظ الإجارة في الصحيح) احتراز عن قول الكرخي إنه ينعقد بها لأن المستوفى بالنكاح منفعة في الحقيقة وإن جعل في حكم العين ، وقد سمي الله تعالى العوض أجرا في قوله تعالى - فآتوهن أجورهن - وذلك دليل على أنه بمنزلة الإجارة . ووجه الصحيح أن الإجارة لا تنعقد شرعا إلا مؤقتة . والنكاح لا ينعقد إلا مؤبدا فكان بين موجبيهما تناف فلا تجوز الاستعارة ، فقال المصنف (لأنه ليس بسبب الملك المتعة) لعدم إفضائها إليه (ولا بلفظ الإباحة والإحلال والإعارة لما قلنا) يعني قوله ليس بسبب الملك المتعة ، وذلك لأن لفظ الإباحة والإحلال لا يوجب ملكا أصلا ، فإن من أحل لغيره طعاما أو أباحه له لا يملكه فإنما يتلفه على ملك المبيع (ولا بلفظ الوصية لأنها توجب الملك مضافا إلى ما بعد الموت) ولو صرح

لك بها ولم يزد فقبل لا يكون نكاحا ، وعن الطحاوى ينعقد . ثم كون الإضافة إلى ما بعد الموت بيان للواقع فيما نحن فيه . وإلا فمجرد الإضافة يستقل بعدم الصحة لو قال زوّجتها غدا لم يصح . وحاصل الوجه أن الإضافة مأخوذة في مفهوم الوصية وعدمها في النكاح فتضادّا . ولا يتجاوز بلفظ أحد الضدين عن الآخر . بخلاف الهبة ليس جزء مفهوم اللفظ الإضافة إلى ما بعد القبض . بل هي تملك العين بلا بدل . ثم هو يتأخر فيما إذا كان الموهوب ليس في يد الموهوب له لضعف سببها بسبب عدم العوض . ولذا لو كان في يد الموهوب له تم الملك بنفس اللفظ .

[القسم الرابع] لا ينعقد بانفاز الإباحة والإحلال والإعارة والرهن والتمتع لعدم تملك المتعة في كل منها فانتفى الجامع وهو المشار إليه بقوا لما قلنا . ولا ينعقد بلفظ الإقالة والخلع لأنها لمفسخ عقد ثابت .

[فروع : الأول] كل لفظ لا ينعقد به النكاح ينعقد به الشبهة فيسقط به الحد . ويجب لها الأقل من المسمى ومن مهر المثل إن دخل بها . الثاني : لو لقت المرأة زوّجت نفسى بالعربية ولا تعلم معناها وقبل الزوج والشهود يعلمون ذلك أو لا يعلمون صح كالطلاق . وقيل لا كالبيع كذا في الخلاصة . ومثل هذا في جانب الرجل إذا لقنه ولا يعلم معناه . وهذه في جملة مسائل الطلاق والعناق والتدبير والنكاح والخلع ، فالثلاثة الأول واقعة في الحكم . ذكره في عناق الأصل في باب التدبير . وإذا عرف الجواب فيها قال قاضيخان : ينبغي أن يكون النكاح كذلك لأن العلم بمضمون اللفظ إنما يعتبر لأجل القصد فلا يشترط فيما يستوى فيه الحد والمزل ، بخلاف البيع ونحوه . وأما في الخلع إذا لقت اختلعت نفسى منك بمهرى ونفقة عدّتي فقالت ولا تعلم معناه ولا أنه لفظ الخلع اختلفوا فيه ، قيل لا يصح وهو الصحيح . قال القاضي : وينبغي أن يقع الطلاق ولا يسقط المهر ولا النفقة ، وكذا لو لقت أن تبرئه ، وكذا المديون إذا لقن رب الدين لفظ الإبراء لا ببراء . الثالث : إذا سمى المهر مع الإيجاب بأن قال تزوّجتك بكذا فقالت قبلت النكاح ولا أقبل المهر قالوا لا يصح . ولا يشكل بأنه ليس من شرط صحة النكاح صحة التسمية أو وجودها ، لأنه ما أوجب النكاح إلا بذلك القدر المسمى . فلو صححناه إذا قبلت في النكاح دون المهر للزومه مهر المثل وهو لم يرض بالنكاح به بل بما سمي فيلزمه ما لم يلزمه . بخلاف ما إذا لم يسم من الأصل لأن غرضه النكاح بمهر المثل حيث سكّت عنه مع أنه لازم فيلزمه ما التزمه . ولو قالت قبلت النكاح ولم ترد على ذلك صح النكاح بما سمي . وقد يخالفه ما في المنتقى : عبد تزوّج على رقبته بغير إذن المولى فبلغه فقال أجزى النكاح ولا أجزى على رقبته يجوز النكاح ولها الأقل من مهر المثل ومن قيمته يباع فيه . بخلاف ما في الجامع : أمة تزوّجت بغير إذن المولى على مائة درهم فبلغه الخبر فقال أجزى النكاح على خمسين ديناراً ورضى به الزوج جاز لأن هذه مقرونة برضا الزوج فهي ملحقة بإجازته . والحق ما أعامتك من كلام المشايخ فيجب التعويل عليه وإن خالف ما عن محمد . الرابع : ينعقد النكاح بالكتاب كما ينعقد بالخطاب ، وصورته أن يكتب إليها بخطها ، فإذا بلغها الكتاب أحضرت الشهود وقرأته عليهم وقالت زوجت نفسى منه . أو تقول إن فلانا قد كتب إليّ بخطبتي فاشهدوا أني زوّجت نفسى منه . أما لو لم تقل بخبرتهم سوى زوجت نفسى من فلان لا ينعقد لأن سماع الشطرين شرط

بلفظ النكاح إلى ما بعد الموت لم يصح لأن ما بعد الموت زمان انتهاء ملك النكاح وبطلانه لا زمان ثبوته .

صحة النكاح . وبإسماعهم الكتاب أو التعبير عنه منها قد سمعوا الشطرين بخلاف ما إذا انتفيا ، ومعنى الكتاب بالخطبة أن يكتب زوجيني نفسك فإني رغبت فيك ونحوه ، ولو جاء الزوج بالكتاب إلى الشهود مختما فقال هذا كتابي إلى فلانة فاشهدوا على ذلك لم يجوز في قول أبي حنيفة حتى يعلم الشهود ما فيه وهو قول أبي يوسف ، ثم رجع وجوزّه من غير شرط لإعلام الشهود بما فيه . وأصل الخلاف كتاب القاضي إلى القاضي على ماسياتي إن شاء الله تعالى . قال في المصنف : هذا يعني الخلاف إذا كان الكتاب بلفظ الزوج ، أما إذا كان بلفظ الأمر كقوله زوجي نفسك مني لا يشترط إعلامها الشهود بما في الكتاب لأنها تتولى طرفي العقد بحكم الوكالة ونقله من الكامل . قال : وفائدة الخلاف إنما تظهر فيما إذا جحد الزوج الكتاب بعد ما أشهدهم عليه من غير قراءته عليهم ولا إعلامهم بما فيه وقد قرأ المكتوب إليه الكتاب عليهم وقبل العقد بحضورهم فشهدوا أن هذا كتابه ولم يشهدوا بما فيه لا تقبل هذه الشهادة عندهما ولا يقضى بالنكاح . وعنده تقبل ويقضى به ، أما الكتاب فصحيح بلا إشهاد ، وهذا الإشهاد لهذا وهو أن يتمكن المرأة من إثبات الكتاب عند جحد الزوج الكتاب : كذا في مبسوط شيخ الإسلام والكامل . وأجمعوا في الصك أن الإشهاد لا يصح ما لم يعلم الشاهد ما في الكتاب . واعلم أن ما نقله من نفي الخلاف في صورة الأمر لاشبهة فيه على قول المصنف والمحققين ، : أما على قول من جعل لفظ الأمر إيجابا كفاضيخان على ما نقلناه عنه فيجب اعتبار إعلامها إياهم بما في الكتاب وأنه إن لم يعلمهم الكتاب بما في الكتاب تكون من صور الخلاف ، وعلى هذا ما صدرنا به المسئلة . الخامس : ينعقد بالإشارة من الأخرس إذا كانت له إشارة معلومة . السادس : ينعقد بنقل الرسول عبارة المرسل إذا أجابت وسمع الشهود كلاميهما ، وسنفضله إن شاء الله تعالى في فصل الوكالة بالنكاح . السابع : لا يبطل عقد النكاح بالشروط الفاسدة ، فلو قال أتزوجك على أن تعطيني عبدك فأجابته بالنكاح انعقد موجبا لمهر مثلها عليه ولا شيء له من العبد . الثامن : لا يجوز تعليق النكاح بالخطر ، لو قال إذا جاء فلان فقد تزوجتك بنتي فلانة فقبل فجاء فلان لا ينعقد ، وكذا تعليق الرجعة إذ كل منهما إلزام . والذي يجوز تعليقه بالشرط ما هو إسقاط كالطلاق والعتاق أو الترام كالنذر ، إلا التعليق بالمشيئة إذا أبطل من له المشيئة في المجلس على ما في التجنيس : في رمز الفتاوى الصغرى وغيرها : إذا قال تزوجتك إن شئت أو إن شاء زيد فأبطل صاحب المشيئة مشيئته في المجلس فالنكاح جائز ، لأن المشيئة إذا بطلت في المجلس صار نكاحا بغير مشيئة ، كما لو قال في السلم إذا بطل الخيار في المجلس جاز السلم ثم قال : لكن إذا بدأت المرأة ، أما إذا بدأ الزوج فقال تزوجتك إن شئت ثم قبلت المرأة من غير شرط صح النكاح . ولا يحتاج إلى إبطال المشيئة بعد ذلك لأن القبول مشيئة اه . وهذا ناظر إلى أن ما من جانب المرأة هو القبول سواء تقدم أو تأخر ، وما من جانب الرجل إيجاب تقدم أو تأخر ، وقد قدمنا قريبا أن الحق أن الأول إيجاب من أي جهة كان ، والثاني قبول كذلك ولعدم جواز تعليقه بالخطر امتنع خيار الشرط فيه فيبطل ، كما لو قال تزوجتك على أني بالخيار فقبلت صح ولا خيار له ، بخلاف ما لو قال إن رضيت أبي لا يجوز ، بخلاف من خطبت إليه ابنته فقال زوجتها فلم يصدقه الخاطب فقال إن لم أكن زوجتها من فلان فقد زوجتها منك فقبل بحضرة الشهود ، ثم ظهر أنه لم يكن زوجها حيث ينعقد

قال (ولا ينعقد نكاح المسلمين إلا بحضور شاهدين حرّين عاقلين بالغين مسلمين رجلين أو رجل وامرأتين عدولا كانوا أو غير عدول أو محدودين في القذف) اعلم أن الشهادة شرط في باب النكاح لقوله صلى الله عليه وسلم « لا نكاح إلا بشهود » وهو حجة على مالك رحمه الله في اشتراط الإعلان دون الشهادة ، ولا بدّ من اعتبار

النكاح بينهما ، لأن هذا تعليق بما هو موجود للحال ومثله تحقيق ، كذا أجاب بعض المشايخ ، وسنفضل الكلام في خيار الشرط والروية والعيب في باب المهر إن شاء الله تعالى . التاسع : إذا وصل الإيجاب بتسمية المهر كان من تمامه ، حتى لو قبل الآخر قبله لا يصح ، كما رواه قالت لرجل زوجت نفسي منك بمائة دينار فقبل أن تقول بمائة دينار قبل الزوج لا ينعقد ، لأن أول الكلام يتوقف على آخره إذا كان في آخره ما يغير أوله ، وهنا كذلك فإن مجرد زوجت ينعقد بمهر المثل وذكر المسمى معه يغير ذلك إلى تعيين المذكور فلا يعمل قول الزوج قبله . العاشر : ينعقد النكاح من المازل وتلزمه مواجبه لقوله صلى الله عليه وسلم « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق ، والرجعة » رواه الترمذى من حديث أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم ، ورواه أبو داود وجعلنا نعتق بدل الرجعة وكذا ينعقد من المكروه (قوله ولا ينعقد نكاح المسلمين إلا بحضور الخ) احتراز عن غير المسلمين إذ سيأتى أن أنكحة الكفار بغير الشهود صحيحة إذا كانوا يدينون بذلك . وقوله بحضور لا يوجب السماع وهو قول جماعة منهم القاضي على السعدي ، ونقل عن أبواب الأمان من السير الكبير أنه يجوز وإن لم يسمعوا ، وعلى هذا يجوزوه بالأصميين والنائمين ، والصحيح اشتراط السماع لأنه المقصود من الحضور وسيأتى تمامه . أما اشتراط الشهادة فللقوله صلى الله عليه وسلم « لا نكاح إلا بشهود » قال المصنف (وهو حجة على مالك في اشتراط الإعلان دون الإشهاد) وظاهر أنه حجة عليه في الأمرين : اشتراط الإعلان وعدم اشتراط الإشهاد ، لكن المقصود أنه حجة في أصل المسئلة وهو اشتراط الإشهاد ، وإنما زاد ذكر الإعلان تنميّا لنقل مذهبه . ونفى اشتراط الشهادة قول ابن أبي ليلى وعثمان البتي وأبي ثور وأصحاب الظواهر . قيل وزوج ابن عمر بغير شهود وكذا فعل الحسن وهم محجوجون بقوله صلى الله عليه وسلم « لا نكاح إلا بشهود » رواه الدارقطني . وروى الترمذى من حديث ابن عباس « البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير شهود » ولم يرفعه غير عبد الأعلى في التفسير ، ووقفه في الطلاق ، لكن ابن حبان روى من حديث عائشة أنه صلى الله عليه وسلم قال « لا نكاح إلا بولي » وشاهد عدل ، وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل ، فإن تشاجروا فالسلطان وليّ من لا وليّ له » قال ابن حبان : لا يصح في ذكر الشاهدين غير هذا ، وشتان ما بين هذا وبين قول فخر الإسلام : إن حديث الشهود مشهور يجوز تخصيص الكتاب به :

قال (ولا ينعقد نكاح المسلمين إلا بحضور شاهدين حرّين عاقلين بالغين مسلمين أو رجل وامرأتين عدولا كانوا أو غير عدول) أما اشتراط الشهادة فللقوله عليه الصلاة والسلام « لا نكاح إلا بشهود » واعترض بأنه خير واحد فلا يجوز تخصيص قوله تعالى - فانكحوا ما طاب لكم من النساء - وغيره من الآيات به . وأجاب الإمام فخر الإسلام بأن هذا حديث مشهور تلقته الأمة بالقبول فتجاوز الزيادة به على كتاب الله (وهو حجة على مالك في اشتراط الإعلان دون الشهادة) حتى لو أعلنوا بحضور الصبيان والمجانين صح ، ولو أمر الشاهدين أن لا يظهرهما العقد لم يصح لقوله عليه الصلاة والسلام « أعلنوا النكاح ولو بالدفء » والجواب أن الإعلان يحصل بحضور

(قوله وأجاب الإمام فخر الإسلام بأن هذا حديث مشهور الخ) أقول : فيه بحث (قوله ولو أمر الشاهدين أن لا يظهر العقد لم يصح) أقول : يثنى عنه .

الحرية فيما لأن العبد لا شهادة له لعدم الولاية ، ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ ، لأنه لا ولاية بدونهما ، ولا بد من اعتبار الإسلام في أنكحة المسلمين لأنه لا شهادة للكافر على المسلم ،

أعني قوله تعالى - فانكحوا ما طاب لكم من النساء - الآية - فيندفع به الإبراد المعروف ، وهو لزوم الزيادة على الكتاب أو تخصيصه بخبر الواحد . وجواب آخر ، وهو أنه خص منه المحرمات فجاز تخصيصه بخبر الواحد ثانيا ، ولو عدل إلى النص في قوله تعالى - وأحل لكم ما وراء ذلكم - فالجواب بأن الآخر مخصوص بالمشاركة ونحوها .
واعلم أن المشايخ رحمهم الله نصبوا الخلاف في موضعين : في الشهادة على ما ذكرنا ، وفي الإعلان . واستدلوا لما لك في إثباته بالمتقول من قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث عن عائشة رضي الله عنها صلى الله عليه وسلم «أعلنوا بالنكاح» رواه الترمذي وقال : حسن غريب . وبالمعقول وهو أن حرام هذا الفعل يكون سرا فضده يكون جهرا لتفتي التهمة . والذي يظهر أن هذا نصب في غير محل النزاع ، يظهر ذلك من أجوبتهم عن هذا الاستدلال وغيره ، وذلك أن كلمتهم قاطبة فيه على القول بموجب دلائل الإعلان وادعاء العمل بها باسقاط الإشهاد إذ به يحصل الإعلان ، وكلام المبسوط حيث قال : ولأن الشرط لما كان الإظهار يعتبر فيه ما هو طريق الظهور شرعا وذلك بشهادة الشاهدين فإنه مع شهادتهما لا يبقى سرا . وقول الكرخي : نكاح السر ما لم يحضره شهود ، فإذا حضر وا فقد أعلن قال :

وسرك ما كان عند امرئ وسر الثلاثة غير الخفي

صريح فيما ذكرناه . فالتحقيق أنه لا خلاف في اشتراط الإعلان ، وإنما الخلاف بعد ذلك في أن الإعلان المشروط هل يحصل بالإشهاد حتى لا يضر بعده توصيته للشهود بالكتمان إذ لا يضر بعد الإعلان التوصية بالكتمان أو لا يحصل بمجرد الإشهاد حتى يضر . فقلنا نعم وقالوا لا . ولو أعلن بدون الإشهاد لا يضر لتخلف شرط آخر وهو الإشهاد وعنده يصح . فالحاصل أن شرط الإشهاد يحصل في ضمنه الشرط الآخر ، فكل إشهاد إعلان ولا ينعكس ، كما لو أعلنوا بحضرة صبيان أو عبيد (قوله لعدم الولاية) يعني القاصرة وهي ولايته على نفسه لا التامة وهي نفاذ القول على الغير لأن تلك يحتاج إليها الأداء . وهذا تعليل لعدم صحة شهادة الصبي والعبد والمجنون في باب النكاح وإن لم يكن من شرط هذه الشهادة الأداء ، فإذا لم يكن له ولاية على نفسه والشهادة فرعها لم تكن شهادة ولذا جازت شهادة المخلود في القذف لولايته على نفسه . والمدير والمكاتب كالقن لا ينعقد بشهادتهم . ولو حضر العبد والصبي للعقد مع غيرهما ممن تصح شهادته ثم عتق العبد وبلغ الصبي واحتيج إلى الأداء لجحد النكاح فشهدا به دون من كان معهما ممن كان العقد بحضوره جازت شهادتهما وإن لم تكن صحة العقد كانت بحضورهما . هذا ومذهب أحمد جواز شهادة العبد مطلقا . واستبعد نفيا لأنه لا كتاب ولا سنة ولا إجماع في نفيا . وحكى عن

الشاهدين حقيقة ، وأما اشتراط الحرية فلأن العبد لا شهادة له (لعدم الولاية) والشهادة من باب الولاية . واعترض بأن الولاية عبارة عن نفاذ القول على الغير شاء أو أبى . وذلك إنما يحتاج إليه عند الأداء ، وكلامنا في حالة الانقضاء ، فكما ينعقد بشهادة المخلودين في القذف فلينعقد بشهادة العبد إذ الولاية لا مدخل لها في هذه الحال . وأجيب بأن الأداء يحتاج إلى ولاية متعدية وليست بمرادة ههنا ، وإنما المراد بها الولاية القاصرة تعظيما لخطر أمر النكاح كاشتراط أصل الشهادة ، وكذلك اعتبار العقل والبلوغ (لأنه لا ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار الإسلام) قال المصنف (لأنه لا شهادة للكافر على المسلم) يعني أنه من باب الولاية ، ولا ولاية له على المسلم ، وفيه النظر

ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين « وفيه خلاف الشافعي رحمه الله تعالى، وستعرف في الشهادات إن شاء الله تعالى. ولا تشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله. له أن الشهادة من باب الكرامة والفاسق من أهل الإهانة. ولنا أنه من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة،

أنس أنه قال: ما علمت أحداً ردّ شهادة العبد والله تعالى يقبلها على الأيم يوم القيامة. فكيف لا تقبل هنا، وتقبل شهادته على النبي صلى الله عليه وسلم في رواية الأخبار. والذي ذكر من المعنى وهو أن الشهادة من باب الولاية ولا ولاية له مما يمنع فإنه لا تلازم عقلاً بين تصديق مخبر في إخباره بما شاهده بعد كونه عدلاً تقياً وبين كونه غير مملوك المنافع ولا شرعاً لم لا يجوز أن يتلى عبد من عباد الله بالرق ويقبل إخباره؟ كيف وليس الشرط هنا كون الشاهد ممن يقبل أداؤه، ولذا جاز بعدوى الزوجين ولا أداء لهما، وغاية ما يلحق فيه أنه لما لم يجعل له ولاية على نفسه شرعاً ولم يصحح له التصرف بالجمادات في حق العقود ونحوها فكان حضوره كلاً حضوراً. وأما ما ذكره في المبسوط حيث قال: ولأن النكاح يعقد في محافل الرجال والصبيان والعبيد لا يدعون في محافل الرجال عادة فكان حضورهما كلاً حضوراً. فحاصله أن اشتراط الشهادة إنما هو لإظهار الخطر ولا خطر في إحضار مجرد العبيد والصبيان، وكذا أهل الذمة في أنكحة المسلمين، وكذا النساء منفردات عن الرجال، فشمل هذا الوجه نفي شهادة الكل. وعلى اعتباره الأولى أن ينفي شهادة السكاري حال سكرهم وعريتهم وإن كانوا يميّث يذكرونها بعد الصحو، وهذا الذي أدين الله به (قوله ولا تشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا خلافاً للشافعي. له أن الشهادة من باب الكرامة) حقيقة الرجوع إلى الوجه الأول القائل بأنها شرطت لإظهار الخطر وهو معنى التكرمة (والفاسق من أهل الإهانة) فلا تكرمة ولا تعظيم للعقد بإحضاره. عارضه المصنف بقوله (ولنا أنه) أي الفاسق (من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة) تحليله من شرطية وضع فيها المقدم أسهل من تحليله من إقرار كما سلكه بعض الشارحين فأطال: أي لما كان من أهل الولاية كان من أهل الشهادة، فهذه دعوى ملازمة شرعية. وقوله وهذا لأنه لما لم يحرم الولاية على نفسه الخ ملازمة أخرى لبيان الملازمة الأولى في حيز المنع كالأولى فعلها بقوله لأنه من جنسه: أي لأن الغير من جنس الفاسق ويجوز قلبه. وفيه تقرير آخر لبعضهم بعيد من اللفظ. وحاصل هذا أن أحكام أفراد الجنس المتحد متحدة بحسب الأصل: فكل مسلم يتعلق به من خطابات الأحكام

الذي مر أنه ليس المراد به الأداء حتى تكون الولاية شرطاً. والجواب أننا قد ذكرنا أن الشهادة وصفة الشاهدين إنما كانت تعظيماً ولا تعظيماً لشيء بسبب حضوره للكفار (ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين خلافاً للشافعي) ووعد المصنف ببيان ذلك في الشهادات ونحن تابعناه في ذلك، وينعقد بشهادة فاسقين عندنا خلافاً للشافعي، هو يقول (الشهادة من الكرامة) لأن في اعتبار قوله في نفسه ونفاذه على الغير إكراماً له لا محالة (والفاسق من أهل الإهانة) لجريمته، ودليله يتم بأن يقول: والفاسق ليس من أهل الكرامة، ولكن عدل عنه إلى ما ذكر لأنه يستلزم ذلك، وفيه تصريح بأنه يستحق ما هو أعظم من ترك الإكرام وهو الإهانة (ولنا أن الفاسق من أهل الولاية) على نفسه لأن له أن يزج نفسه وعبيده وأمه ويقرب بما يتعلق بنفسه من القتل وغيره،

(قوله والجواب، إلى قوله: إنما كانت تعظيماً) أقول: فيه بحث (قوله ولنا أن الفاسق، إلى قوله: ويقرب بما يتعلق بنفسه من القتل وغيره) أقول: فيه بحث

وهذا لأنه لما لم يحرم الولاية على نفسه لإسلامه لا يحرم على غيره لأنه من جنسه، ولأنه صلح مقلدا فيصلح مقلدا وكذا شاهدا . والمحدود في القذف من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة تحملا ، وإنما القاتل ثمرة الأداء بالنهي لجريمته فلا يبالي بفواته كما

ما يتعلق بمثله فلما لم يحرم الشارع الفاسق من الولاية على نفسه علم أنه لم يعتبر شرعا فسقه سالبا لأهلية الولاية مطلقا فجاز ثبوتها على غيره لأنه كنفه ، إلا أن ثبوتها على غيره لا يتحقق إلا برضاه وذلك بتوليته عليه ، وإذا استشهد به فقد استولاه ورضى به فيثبت ذلك القدر وهو صحة سماعه عليه كما يصح منه سماعه لأحد شطري ما يعقده من المعاملات لنفسه من غيره وبمجرد السماع هو الشرط فتجوز شهادته فيه : أى سماعه . أما الأداء فتوقف على فعل غيره وهو إجازة القاضي . وأنت إذا تأملت هذا الوجه ظهر لك أنه لم يزد على اقتضاء تجويز كون الفاسق شاهدا فتثبت شهادته لعدم النافي . والوجه السابق من اشتراط الشهادة لإظهار تعظيم العقد وتعظيم المحل الوارد هو عليه ينفيه لأن مجرد إحضار الفاسق ليس بتكرمة . والحق أن هذا الوجه إنما ينفي ما ذكرناه من إحضار الفاسق حال سكرهم على ما فرعوا من أنه إذا عقد بحضرة سكارى يفهمون كلام العاقلين جاز وإن كانوا يبحث ينسونه إذا صحوا وهو الذى دنا به آتفا . أما من كان فى نفسه فاسقا وله مروءة وحشمة فإن إحضاره للشهادة لا ينافيه الوجه المذكور ، فالحق صحة العقد بحضرة فاسق لافى حال فسقهم ، والله أعلم (قوله ولأنه صلح مقلدا) بكسر اللام المشددة . وجه ثان ذكره المصنف فى صحة شهادة الفاسق فى النكاح وهو أنه صلح مقلدا : أى سلطانا وخليفة (فيصلح مقلدا) بفتح اللام : أى قاضيا (وكذا شاهدا) بالواو فى نسخ وبالفاء فى نسخ ، فعلى الأول هى ملازمة

وكل من هو من أهل الولاية فهو من أهل الشهادة لأن الشهادة من باب الولاية . فإن قيل : الولاية على نفسه ولاية قاصرة ، ولا نسلم أن كل من كان من أهل الولاية على نفسه كان من أهل الشهادة لأنها متعدية إلى غيره . أجب بقوله (وهذا) إشارة إلى أنه من أهل الشهادة لكونه من أهل الولاية : يعنى (لأنه لما لم يحرم الولاية على نفسه لإسلامه لم يحرم على غيره لأنه من جنسه) كما أن أهل النمة لهم ولاية على أنفسهم فلهم الولاية على غيرهم من أهل النمة لأنه من جنسه وهذا بناء على أن الفسق لا يخرج المرء من أهلية الشهادة على الأداء ، وفيه الإلزام ، فلأن لا يخرج عنها على الانعقاد ولا إلزام فيه أولى (ولأنه صلح مقلدا) كالحجاج وغيره ، فإن الأئمة بعد الخلفاء الراشدين قلما يخلو واحد منهم عن فسق (فيصلح مقلدا) أى قاضيا (فكذا شاهدا) لأن الشهادة والقضاء من باب واحد . وفى عبارته تسامح لأنه يفهم منه أن تكون أهلية الشهادة مرتبة على أهلية القضاء ، وقد ذكر فى كتاب أدب القاضي أن أهلية القضاء مستفادة من أهلية الشهادة ، ولو قال بالواو كان أحسن . لا يقال : يجوز أن يكون مرتبا على مقلدا بكسر اللام لأن أهلية السلطنة ليست مستفادة من أهلية الشهادة لأن عكسه كذلك . والجواب أن معنى كلامه إذا كان الفسق لا يمنع عن ولاية هى أعم ضررا فلأن لا يمنع عن ولاية عام الضرر أو خاصة أولى ، والترتيب على هذا الوجه غير خافى الصحة . ولو قال الفاسق من أهل الولاية القاصرة بلا خلاف فيصلح شاهدا على الانعقاد لأنه لا إلزام فيه وكانت الولاية قاصرة لكان أسهل تأتيا ، وينعقد بحضور المحدود فى القذف لأنه (من أهل الولاية) على مامر (فيكون من أهل الشهادة تحملا) لا أداء . فإن قلت : النكته المذكورة فى الفاسق أولا تقتضى أن يكون للمحدود فى القذف شهادة متعدية ولم تكن فكانت متقوضة . قلت : كان كذلك لولا النص القاطع . وقوله (وإنما القاتل ثمرة الأداء بالنهي لجريمته فلا يبالي بفواته كما

في شهادة العميان وابني العاقلين . قال (وإن تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد وزفر : لا يجوز) لأن السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم

واحدة . حاصلها أنه لما صلح للولاية الكبرى التي هي أعم ضررا ونفعنا صلح للصغرى التي هي الأقل وهي القضاء والشهادة بطريق الأولى . بيان الاستثنائية المقدرة المستغنى عن إظهارها بلفظة لما فإنها دالة على وضع المقدم أن الخلفاء غير الأربعة السابقين ومن تبعهم بإحسان كعمربن عبد العزيز قلما خلوا من فسق مع عدم إنكار السلف ولايتهم وتصحيح تقليدهم القضاء وغيره . وعلى الثاني ملازمان بين صلاحية الكبرى وصلاحية القضاء وبين صلاحية القضاء وصلاحية الشهادة ، والأول سبب للثاني في كل منهما . فاعترض بأنه ذكر في أدب القاضي أن الأمر بالعكس حيث قال لا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة . وأجيب بأن قوله فكذا شاهدا عطف على مقلدا بكسر اللام وإن تحلل معطوف غيره كعمرو من قولك جاء زيد وبكر وعمرو عطف على زيد لا بكر ، ومسببته عنه ظاهرة ولا مناقضة حينئذ ، وفيه نظر إذ العطف بالقضاء يقتضي ترتب كل على ما قبله كما في جاء زيد وعمرو فبكر .

[فرع] في فتاوى النسق : للقاضي أن يبعث إلى شفيعي ليطل العقد إذا كان بشهادة الفاسق ، وللحنفي أن يفعل ذلك على مانئين في كتاب القضاء إن شاء الله تعالى ، وكذا لو كان بغير ولي فطلقها ثلاثا فبعث إلى شافعي يزوجها منه بغير محمل ثم يقضى بالصححة ، وبطلان النكاح الأول يجوز إذا لم يأخذ القاضي الكاتب ولا المكتوب إليه شيئا ولا يظهر بهذا حرمة الوطء السابق ولا شبهة ولا خبث في الولد . كذا في الخلاصة ، ثم قال : قال الإمام ظهير الدين المرغيناني : لا يجوز الرجوع إلى شافعي المذهب إلا في العين المضافة ، أما لو فعلوا فقضى ينفذ قوله لأن السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم) ينتج لاسماع للكافر على المسلم لكنه عدل في النتيجة إلى التشبيه فقال : فصار كأنهما لم يسمعا كلام المسلم لأن مراده من النتيجة نفي السماع المعبر لاني حقيقته ، وإذا انتفى الاعتبار صار وجوده كعدمه . فصح تشبيه السماع بعدمه على ما هو معنى قوله فصار كأنهما لم يسمعا كلام المسلم ، وتام هذا الدليل موقوف على أن صغرى القياس منعكسة كنفسها في خصوص هذه المادة لأن المطلوب نفي الشهادة لنفي السماع المعبر ، فلو أن الشهادة مجرد الحضور كما يعطيه ظاهر القدوري ، وقدمنا أن من قال به السعدي والإسبجاني لم يتم . ونص القدوري وغيره على اشتراط السماع ولأنه المقصود بالحضور فلا يجوز بالأصميين على ما هو الأصح ، وعن اشتراط السماع ما قدمناه في الزوج بالكتابة من أنه لابد من سماع الشهود ما في الكتاب المشتمل على الخطبة بأن تقرأ المرأة عليهم أو سماعهم العبارة عنه بأن تقول : إن فلانا كتب إلى يخطبني ثم تشهدهم أنها زوجته نفسها ، أما لو لم ترد على الثاني لا يصح على ما قدمناه في الفروع . ولقد أبعد عن

في شهادة العميان) معذرة عن عدم قبول شهادة المحدود في قذف بعد ما كان من أهل الولاية كالفاسق، ويجوز أن يكون جوابا عن السؤال الذي ذكرته آنفا، والطريق الذي ذكرته في الفاسق أسهل مأخذا. قال (وإن تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد وزفر لا يجوز لأن السماع) أي سماع كلام العاقلين من الإيجاب والقبول (في النكاح شهادة) وهذا ظاهر لأننا لا نريد من الشهادة على النكاح إلا ذلك (ولا شهادة للكافر على المسلم)

(قال المصنف : وقال محمد وزفر رحهما الله : لا يجوز ، لأن السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم

فكأنهما لم يسمعا كلام المسلم . ولهما أن الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار إثبات الملك لوروده على محل ذي خطر لا على اعتبار وجوب المهر إذ لا شهادة تشترط في لزوم المال وهما شاهدان عليها ، بخلاف ما إذا لم يسمعا كلام الزوج لأن العقد

الفقه وعن الحكمة الشرعية من زاد النائمين ونص في فتاوى قاضيه خان عليه إذا لم يسمعا كلامهما ثم الشرط أن يسمعا معا كلامهما مع الفهم . أما الأول فذكر في روضة العلماء أنه الأصح ، قال وبه أخذ عامة العلماء اهـ . إذ لو سمع أحد الشهود ثم أعيد على الآخر فسمعه وحده لم يكن البتة على كل عقد سوى شاهد واحد ، وعن أبي يوسف : إن اتحد المجلس جاز استحضارنا وإلا فلا ، وعنه : لا بد من سماعهما معا . وأما الثاني فعن محمد : لو تزوجها بحضرة هندية لم يفهما لم يحز . وعنه : إن أمكنهما أن يعبرا ما سمعا جاز وإلا فلا ، وحكى في فتاوى قاضيه خان خلافا فيه وجعل الظاهر عدم الجواز (قوله ولهما أن الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار إثبات الملك) أي ملكه عليها (لوروده على محل ذي خطر) وهو بضع أثني ليست مملوكة له محملة من بنات آدم على وجه يقصرها على نفسه لاستيفاء حاجاته منها وهذه من جلائل النعم ، وهو معنى مناسب لاشتراط إحضار السامعين العقلاء إظهارا لتعظيم هذا العقد ليقع في محفل من الخافل ، وقد ظهر أثر ذلك بإيجاب المال عليه دونها مع أن ملك المتعة مشترك . فعلم أن اشتراط الشهادة لصحة العقد ليس للملك كل منهما التمتع بكل وإلا لم يختص بلزومه ولا على اعتبار وجوب المهر لها عليه ليكونا شاهدين عليه ، إذ لا شهادة تشترط في لزوم المال فيما عهد من تقريرات الشرع في موضع ، ولا على اعتبار ملكهما الازدواج المشترك لأنه ثبت تبعا للملك البضع ولا تشترط للتوابع وإلا وجب الإشهاد على شراء الأمة للوطء فإن ملكه من توابع ملك رقبته . وإذا كانت الشهادة لثبوت ملكه عليها كانا شاهدين عليها وهي ذمية فيجوز بذميين فإنه إظهار خطر بالنسبة إليها شرعا ، ولهذا لو كانا ذميين حكم الشرع بصحته ، حتى لو أسلما ببق على الصحة (بخلاف ما إذا لم يسمعا كلام الزوج) لأن الشهادة اشترطت في العقد لذلك المعنى والعقد يقوم

وهذا بالاتفاق (فكأنهما لم يسمعا كلام الزوج ، ولهما أن الشهادة ، شرطت في النكاح على اعتبار إثبات الملك) وتركيب الحجة ، هكذا الشهادة في النكاح ، شرطت على اعتبار إثبات الملك عليها ، وكل ما شرطت على اعتبار إثبات الملك عليها شهادة عليها فالشهادة في النكاح شهادة عليها . وبين المصنف المقدمة الأولى بقوله (لوروده على محل ذي خطر) . وتقريره أن الشهادة في النكاح حال الانعقاد ، إما أن تكون لإثبات ملك المتعة عليها لإبادة لخطر المحل ، أو لإثبات ملك المهر عليه . والثاني منتف لأن المهر مال ولا يجب الإشهاد على لزوم المال أصلا ، وأما المقدمة الثانية فلأننا قد علمنا بالاستقراء أنه لا شيء يشترط في إثبات ملك المتعة عليها إلا الشهادة ، فإن الولي ليس بشرط عندنا ، وإذا كانت الشهادة حال انعقاد النكاح شهادة عليها كان الذميان شاهدين عليها ، وشهادة أهل الذمة على الذمية جائزة . وقوله (بخلاف ما إذا لم يسمعا) جواب عن

فكأنهما لم يسمعا كلام المسلم أقول : وكان الظاهر أن يستدل على مطلوبهما ، بأن يقال : لو جازت هذه الشهادة لجازت شهادة الكافر على المسلم والتالي باطل ، إلا أنها عدلا عنه (قال المصنف : والشهادة شرطت على العقد) أقول : يعني على اعتبار إثبات الملك عليها بسبب هذا العقد فلا يخالف هذا الكلام لقوله إن الشهادة شرطت في النكاح الخ فليتأمل (قوله وتركيب الحجة هكذا الشهادة في النكاح شرطت الخ) أقول : ينبغي أن يصور تركيب الحجة هكذا : الشهادة في النكاح شهادة شرطت على اعتبار إثبات الملك عليها ، وكل شهادة شرطت على اعتبار إثبات الملك عليها شهادة عليها (قوله وأما المقدمة الثانية الخ) أقول : فيه بحث ، فإن حصر شرط إثبات ملك المتعة عليها في الشهادة مما لا تمس الحاجة إليه أصلا ، وليس ذلك مدلول المقدمة الثانية لا صريحا ولا التزاما ، ويكتفى في إثبات المطلوب كون الشهادة من شرائطه كما لا يخفى على من يعرف تفصيل تركيب الحجة .

بهما فلا بد من سماعهما . هذا وتقبل شهادتهما عليها إذا أنكرت لاعليه إذا أنكر . وعند محمد لا تقبل إلا أن يقولوا كان معنا مسلمان . وعنه لا تقبل مطلقا لإثباتها فعل المسلم ولا يثبت بشهادتهما . ولو أسلما ثم أديا تقبل على كل حال عندهما لأن سماعهما كلام المسلم معتبر وامتناع الأداء للكفر . وعند محمد لا تقبل لعدم صحة العقد إلا إذا قالا كانا معنا مسلمان عند العقد . ولو كان الشاهدان ابنيها قبلها عليها فقط . أو ابنيه فعليه فقط أو ابنيهما فلا يقبلان على واحد منهما ، كما لو كانا أعميين أو أخرسين سميعين حيث يصح العقد بهما ولا أداء لهما لعدم البصر والتكلم ، والعدوان على التفصيل ، فعده يقبلان عليها لاعليه ، وعدواها يقبلان عليه لاعليها ، وعدواهما لا يقبلان مطلقا . أما الانعقاد فيثبت بشهادة الأولاد والأعداء كيف كانوا ، وأما الأخوان بأن يزوج الأب ابنته بشهادة ابنيه فأنكر الزوج وادعاه الأب والبنت كبيرة أو المرأة فشهد لا تقبل . ولو كان الزوج هو المدعى والمرأة منكورة أو الأب قبلت ، هذا قول أبي يوسف . وعند محمد تقبل وإن كان المدعى الأب أو المرأة أيضا . والأصل أن كل شيء يدعيه الأب فشهادتهما فيه باطلة وإن لم يكن فيه منفعة له لشبهة الأبوة عند أبي يوسف لثبوت منفعة نفاذ كلامه . وقال محمد : كل شيء للأب فيه منفعة جحدا وادعاء . فشهادة ابنيه فيه باطلة . وكذا كل شيء وليه مما يكون خصما فيه كالبيع ونظائره ، ولم يعتبر منفعة نفاذ القول منفعة . ولو كانت البنت صغيرة لا تقبل اتفاقا لأنها للأب . قال الحاكم أبو الفضل في تفسيره : يريد أن الشهادة تبطل في حال ادعائه من طريق التهمة ، وكذا في حال جحوده لوقوعها لغير خصم يدعي اه . وفسر في المبسوط جحوده بأن المراد عند جحوده إن كان الآخر جاحدا أيضا لا تقبل لعدم الدعوى ، فأما إذا كان الآخر مدعيًا فمقبولة ، وإن كان للأب منفعة فيها كما إذا شهدوا عليه ببيع مائتي مائة ألف والمشتري يدعيه ، وهذا لأن هذه منفعة غير مطلوبة للأب فلا تمنع من قبول شهادتهما ، وكذلك إذا قال لبعده إن كلمك فلان فأنت حر فشهد ابنا فلان أن أباهما كلمه جازت عند محمد سواء كان الأب جاحدا أو مدعيًا . وعند أبي يوسف لا تجوز إلا أن يكون جاحدا . ولو زوج الرجل بنته ثم شهد مع أخيها عليها بالرضا وهي تنكر لا تقبل لأن الشهادة على فعل نفسه مطلقا لا تقبل سواء كان مما هو فيه خصم أولا .

[فرعان] لو أقر بالنكاح بحضرة الشهود وكان تزوجها بغير شهود اختلفوا فيه ، والأصح أنهما إن سميا المهر ينعقد نكاحا مبتدأ كذا في الدراية . وقدمنا أنهما إذا أقرآ به ولم يكن بينهما نكاح لا ينعقد إلا إن قال الشهود جعلنا هذا نكاحا فقالا نعم فينعقد لأن النكاح ينعقد بالجعل . قال قاضيه خان : وينبغي أن يكون الجواب على التفصيل إن أقرأ بعقد ماض ولم يكن بينهم عقد لا يكون نكاحا . وإن أقرت أنه تزوجها وهو أنها امرأته يكون نكاحا ويتضمن إقرارهما الإنشاء ، بخلاف إقرارهما بماض لأنه كذب كما قال أبو حنيفة : إذا قال لامرأته لست لي امرأة ونوى به الطلاق يقع كأنه قال لأني طلقتك . ولو قال لم أكن تزوجتها ونوى الطلاق لا يقع لأنه كذب محض اه . يعني إذا لم يقل الشهود جعلنا هذا نكاحا والحق هذا التفصيل . وفي الفتاوى : بعث أقواما للخطبة فزوجها الأب بحضرتهم قيل : لا يصح وإن قبل عن الزوج إنسان واحد لأنه نكاح بغير شهود لأن القوم كلهم خاطبون من تكلم ومن لا ، لأن المتعارف هكذا أن يتكلم واحد ويسكت الباقي والخاطب لا يصير شاهدا . وقيل يصح وهو الصحيح وعليه الفتوى لأنه لا ضرورة في جعل الكل خاطبا فيجعل المتكلم خاطبا فقط والباقي شهود

قياس محمد وزفر . وتقريره أن الشهادة في النكاح شرط على العقد والعقد ينعقد بكلاميهما ، فإذا لم يسمعا كلام

ينعقد بكلاهما والشهادة شرطت على العقد : قال (ومن أمر رجلا بأن يزوّج ابنته الصغيرة فزوّجها والأب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما جاز النكاح) لأن الأب يجعل مباشرا للعقد لاتحاد المجلس ويكون الوكيل سفيرا ومعبرا فيبقى المزوج شاهدا (وإن كان الأب غائبا لم يجوز) لأن المجلس مختلف فلا يمكن أن يجعل الأب مباشرا ، وعلى هذا إذا تزوّج الأب ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد إن كانت حاضرة جاز ، وإن كانت غائبة لم يجوز ، والله أعلم .

(قوله ومن أمر رجلا أن يزوّج ابنته الصغيرة فزوّجها والأب حاضر بمحضرة رجل واحد جاز للنكاح) وكذا إذا تزوّج الأب ابنته البالغة بمحضرها مع واحد أو امرأتين أو وكيل المرأة بمحضرها مع امرأتين جاز النكاح . ثم إنما تقبل شهادة الزوج إذا لم يقل أنا زوّجتها بل يقول هذه زوجة هذا ، وإنما صح بحضور الواحد لأن الوكيل في النكاح سفير ومعبر ينقل عبارة الموكل ، فإذا كان من يعبر عنه حاضرا والقرض أن العبارة تنتقل إليه كان مباشرا لأن العبارة تنتقل إليه وهو في المجلس وليس المباشر سوى هذا ، بخلاف ما إذا كان غائبا لأن انتقال العبارة إليه حال عدم الحضور لا يصير به مباشرا لأنه مأخوذ في مفهومه الحضور ضرورة فيقتصر أثره على عدم رجوع الحقوق إلى الوكيل ، ولهذا لو تزوّج وكيل السيد العبد بمحضره مع آخر لا يصح لأن العبارة إنما تنتقل إلى مقيد الولاية وهو السيد وهو غائب . فظهر من هذا التوجيه أن إنزاله مباشرا مع حضوره جبري لا يتوقف على ثبوت الحاجة إلى اعتباره . فاندفع ما أورد من أنه تكلف غير محتاج إليه فإن الأب يصلح شاهدا فلا حاجة إلى اعتباره مباشرا إلا في المسئلة الأخيرة في الكتاب ، وهي ما إذا تزوّج الأب بنته البالغة بمحضرة واحد لأنها لا تصلح شاهدة على نفسها فأثرت مباشرة ضرورة التصحيح ، ولو أذن السيد لعبده أو أمته في الزواج فعقدا بمحضرة واحد مع السيد قيل لا يجوز للانتقال إلى السيد لأنهما وكيلان عنه ، والأصح الجواز بناء على منع كونهما وكيلين لأن الإذن فك الحجر عنهما فيتصرفان بأهليتهما لا بطريق النيابة . وما ذكر في مسئلة وكيل السيد يظهر أن ثبوت الصحة فيما

المسلم لم يشهدا على العقد (ومن أمر رجلا أن يزوّج ابنته الصغيرة فزوّجها) بمحضرة رجل واحد فلا يخلو إما أن يكون الأب حاضرا أو غائبا ، فإن كان حاضرا (جاز النكاح لأن الأب يجعل مباشرا للعقد ويكون الوكيل) شاهدا لأن المجلس متحد ، فجاز أن يكون العقد الواقع من المأمور حقيقة كالواقع من الأمر حكما لكون الوكيل في باب النكاح (سفيرا ومعبرا ، وإن كان غائبا لم يجوز لأن المجلس مختلف ، فلا يمكن أن يجعل الأب مباشرا) مع عدم حضوره في مجلس المباشرة . قال في النهاية : هذا تكلف غير محتاج إليه في المسئلة الأولى لأن الأب يصلح أن يكون شاهدا في باب النكاح فلا حاجة إلى نقل المباشرة من المأمور إلى الأمر حكما ، وإنما يحتاج إليه في المسئلة الأخيرة ، وهي ما (إذا تزوّج ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد ، فإن كانت حاضرة جاز) بنقل مباشرة الأب إليها لعدم صلاحيتها للشهادة على نفسها (وإن كانت غائبة لم يجوز) لأن الشيء إنما يقدر أن لو تصور تحقيقا . وأقول : أرى أنه لا فرق بين الصورتين في الاحتياج إلى ذلك التكلف ، وذلك لأن الأب إذا كان حاضرا لا يصلح أن يكون

(قال المصنف : لأن الأب يجعل مباشرا لاتحاد المجلس ، إلى قوله ، لأن المجلس مختلف) أقول : فيه بحث إذ الأظهر أن يقول بدل قوله لاتحاد المجلس لحضوره في المجلس وبدل قوله لأن المجلس مختلف لعدم حضوره في المجلس (قوله لأن المجلس مختلف فلا يمكن أن يجعل الأب مباشرا الخ) أقول : فيه بحث (قوله وأقول أرى أنه لا فرق ، إلى قوله : لأن الأب إذا كان حاضرا الخ) أقول : يؤيد كلام صاحب النهاية ماسيجيء

إذا تزوج السيد عبده أو أمته بحضورهما مع شاهد محل نظر ، لأن مباشرة السيد ليس فكا للحجر عنهما في الزوج مطلقا وإلا لصح في مسئلة وكيله ولذا خالف في صحته المرغيناني ، قال : وقال أستاذي : فيهما روايتان : أى في وكيل السيد والسيدة .

[فروع] إذا جحد أحد الزوجين النكاح فيما أصله أو شرطه ؛ ففي أصله لو جحد الزوج فأقامت بينة به أو على إقراره قبلت ولا يكون جحد طلاقا ؛ ألا ترى أن الطلاق ينقص العدد وبارتفاع أصل النكاح لا ينقص ؛ وأما إنكار الشرط كإنكار الشهادة ، فإن كانت هي المنكرة بأن قالت تزوجني بلا شهود وقال الزوج بشهود فالنكاح صحيح ، وإن كان هو القائل ذلك فرّق بينهما لإقراره بالحرمه على نفسه فيكون كالفرية من قبله فلها نصف المهر إن كان قبل الدخول وإلا فكله ونفقة العدة ، وهذا بخلاف إنكاره أصل النكاح لأن القاضي كذبه بالحجة في زعمه فلا يبقى زعمه معتبرا ، وهنا ما كذب في زعمه بحجة ولكن رجح قولها المعنى هو أن الشرط تبع وقد اتفقا على الأصل والاتفاق على الأصل اتفاق على التبع فالمنكر له بعد موافقته على الأصل كالراجع عنه فيبقى زعمه معتبرا في حق نفسه ولذا فرق بينهما ، وكذا لو قال تزوجتها وهي معتدة أو مجوسية ثم أسلمت أو أختها عندي أو ولها زوج أو أمة بلا إذن لأن هذه المواقع كلها في محل العقد والحال في حكم الشروط ، بخلاف ما لو ادعى أحدهما أن النكاح كان في صغره بمباشرة لأنه منكر لأصل النكاح معنى ، وإذا كان القول للمنكر منهما هنا فلا مهر لها عليه إن لم يكن دخل بها قبل البلوغ ، فإن دخل بها فلها الأقل من المسمى ومهر المثل للدخول في نكاح موقوف ، وإن كان الدخول بعد البلوغ فهو رضا بذلك النكاح ، وبعد البلوغ لو أجاز العقد الذي عقد له قبله جاز ، والتمكين من الدخول إجازة ، ولو كانت هي القائلة تزوجني وأنا معتدة وما بعدها إلى آخر الصورة التي ذكرناها وهو ينكر فهي امرأته لما قلنا في الشهادة ، والله سبحانه أعلم . شهد شاهد أنه تزوجها أمس وآخر اليوم فهي باطلة ، فإن النكاح وإن كان قولاً فن شرائطه ما هو فعل وهو الحضور ، فكان كالأفعال في الاختلاف ، واختلاف الشهود في المكان والزمان في الأفعال يمنع القبول ، ولأن كلا شهد بعقد حضره واحد ، والله أعلم .

شاهدا في نكاح أمره به ، لأن الوكيل سفير ومعبر فكان الأب هو المزوج ، ولا يجوز أن يكون المزوج شاهدا ، وإذا انتقل إليه المباشرة أيضا صار هو المزوج من كل وجه فبجاز أن يكون الوكيل شاهدا ، وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما إذا وكل رجلا أن يزوجه عبده فزوجه بشهادة رجل واحد والعبد حاضر فإنه لا يجوز مع إمكان جعل العبد مبالرا للعقد والوكيل مع الرجل شاهدين ، كما لو باشر المولى عقد تزويج العبد عند حضرة العبد مع رجل آخر فإنه يجوز . وأجيب بأن العبد لم يكن موكلا حتى تنتقل مباشرة الوكيل إليه ويبقى شاهدا فبقي الوكيل على حاله مزوجا ، بخلاف ما إذا باشره المولى بحضرة العبد ، فإن العبد هناك يجعل مبالرا للنكاح بنفسه والمولى شاهدا فيكون النكاح بحضرة شاهدين . لا يقال : المولى ليس بوكيل عن العبد فكيف تنتقل مباشرته إليه لأن العقد لما كان له كان بمنزلة الموكل ، بخلاف ما إذا كان العبد غائبا لعدم إمكانه مبالرا لما قلنا إن الشيء إنما يقدر أن لو تصور تحقيقا .

في الهداية في باب المهر من أن الولي في تزويج الصغيرة سفير ومعبر لاعاقد مباشر مرآجه (قوله لا يقال المولى ليس بوكيل عن العبد فكيف تنتقل مباشرة إليه لأن العقد لما كان له كان بمنزلة الموكل الخ) أقول : هذا الكلام جار في المسئلة السابقة أيضا .

(فصل في بيان المحرمات)

قال (لا يحل للرجل أن يتزوج بأمه ولا بجده من قبل الرجال والنساء) لقوله تعالى - حرمت عليكم أمهاتكم

(فصل في بيان المحرمات) المحلية الشرعية من شرائط النكاح

ولما أفرد هذا الشرط بفصل على حدة لكثرة شعبه وانتشار مسائله وانتفاء محمية المرأة للنكاح شرعا بأسباب :
الأول النسب ، فيحرم على الإنسان فروعه وهم بناته وبنات أولاده وإن سفلن وأصوله وهم أمهاته وأمهات أمهاته
وآبائه وإن علون ، وفروع أبويه وإن نزلن ، فتحرم بنات الإخوة والأخوات وبنات أولاد الإخوة والأخوات
وإن نزلن ، وفروع أجداده وجدته لبطن واحد ، فلهذا تحرم العمات والخالات ، وتحل بنات العمات والأعمام
والخالات والأخوال . الثاني المصاهرة ، يحرم بها فروع نسائه المدخول بهن وإن نزلن ، وأمهات الزوجات
وجدتهن بعقد صحيح وإن علون وإن لم يدخلن بالزوجات ، وتحرم موطوءات آبائه وأجداده وإن علوا ولو بزنا
والمعدودات لم عليهن بعقد صحيح . وتحرم موطوءات أبنائه وأبناء أولاده وإن سفلوا ولو بزنا ، والمعدودات
لم عليهن بعقد صحيح . الثالث الرضاع ، يحرم كالنسب ، وسيأتي تفصيله في كتاب الرضاع إن شاء الله تعالى .
الرابع الجمع بين المحارم والأجنبيات كالأمة مع الحرمة السابقة عليها . الخامس حق الغير ، كالمنكوحة والمعتدة
والحامل بثابت النسب . السادس عدم الدين السماوي كالجوسية والمشرقة .

(فصل في بيان المحرمات)

لما كانت من بنات آدم من أخرجها الله عن محمية النكاح بالنسبة إلى بعض بنى آدم احتاج إلى ذكرها في
فصل على حدة . وأسباب حرمتهم تنوع إلى تسعة أنواع : القرابة ، والمصاهرة ، والرضاع ، والجمع ، وتقديم
الحرمة على الأمة ، وقيام حق الغير من نكاح أو عدة ، والشرك ، وملك اليمين ، والطلقات الثلاث ، وكل ذلك
مذكور في الكتاب (لا يحل للرجل أن يتزوج بأمه ولا بجده من قبل الرجال والنساء) لقوله تعالى - حرمت عليكم
أمهاتكم -) ودلالته على حرمة الأم ظاهرة ، وأما على حرمة الجدة فباعتبار أن الأم في اللغة هي الأصل كما يقال
لمكة أم القري ، فتكون دلالتها عليهما باعتبار معنى يعهما لغة لا باعتبار الجمع بين الحقيقة والحجاز

(فصل في بيان المحرمات)

(قال المصنف : لقوله تعالى - حرمت عليكم -) أقول : قال الله تعالى - حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم
وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتكم اللاقي أرضعتكم وأخواتكم من الرضاعة وأمهات نسائكم وربائكم اللاقي في حجبكم من نسائكم اللاقي
دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف إن الله كان
غفورا رحيما . والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم كتاب الله عليكم وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين
فما استمتعتم به منهن فأتوهن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم فيما تراضيت به من بعد الفريضة إن الله كان عليما حكيما - الآية . قال القاضي
في تفسير قوله تعالى - وأحل لكم ما وراء ذلكم - ما سوى المحرمات الثلاث المذكورة ، وخصه بالسنة ما في معنى المذكورات كسائر محرمات
الرضاع والجمع بين المرأة وعمتها وأخالاتها (قوله وأسباب حرمتهم تنوع إلى تسعة أنواع ، إلى قوله : والجمع الخ) أقول : فيه أن الجمع
سرا كما يدل عليه نظم القرآن لأنه سبب للحرمة (قوله وملك اليمين) أقول : فيه بحث

- ٢٠٩ -

وبنائكم - والجندات أمهات ، إذ الأم هي الأصل لغة أثبتت حرمتهم بالإجماع ، قال (ولا يبنته) لما تلونا (ولا يبنته) ولده وإن سفلت (للإجماع) (ولا بأخته ولا ببنات أخته ولا ببنات أخيه ولا بعمته ولا بنحاله) لأن حرمتهم منصوب على هذه الآية ، وتدخل فيها العمات المتفرقات والحالات المتفرقات وبنات الإخوة المتفرقين لأن جهة الاسم عامة . قال (ولا بأم امرأته التي دخل بها أو لم يدخل) لقوله تعالى - وأمهات نسائكم -

السابع : التنافي كنتكاح السيد أمته والسيدة عبدها (قوله إذ الأم هي الأصل لغة) قال الله تعالى - وعنده أم الكتاب - وسميت مكة أم القرى لأن الأرض دحيت من تحتها والحرم أم الحباث ، فعلى هذا ثبتت حرمة الجندات بموضع اللفظ وحقيقته لأن الأم على هذا من قبيل المشكك (قوله أثبتت حرمتهم بالإجماع) أي إن لم يكن إطلاق الأم على الأصل بطريق الحقيقة حتى لا يتناول النص الجندات . والتحقيق أن الأم مراد بها الأصل على كل حال ، لأنه إن استعمل فيه حقيقة فظاهر ، وإلا فيجب أن يحكم بإرادته مجازا فتدخل الجندات في عموم المجاز والمعرف لإرادة ذلك في النص الإجماع على حرمتهم . ولم يثبت عند المصنف إطلاق لفظ البنت على الفرع حقيقة فلذا اقتصر في حرمة بنات الأولاد على الإجماع ، وظاهر بعض الشروح ثبوته حيث قال : وكذا الاستدلال في البنات ، فإن بنت البنت تسمى بنتا حقيقة باعتبار أن البنت يراد به الفرع فيتناولها النص حقيقة أو مجازا عند البعض . وقوله عند البعض يريد إذا استعمل في حقيقته ومجازه عند العراقيين فإنهم يجوزونه إذا كان في محلين . وعلى ما أسمعناك من التقرير يتناولهن مجازا عند الكل . ومن الطرق في تحريم الجندات وبنات الأولاد دلالة النص المحرم للعمات والحالات وبنات الأخ والأخت ، ففي الأول لأن الأشقاء منهم أولاد الجندات ، فتحريم الجندات وهن أقرب أولى ، وفي الثاني لأن بنات الأولاد أقرب من بنات الإخوة .

[فرعان : الأول] لبنت الملاعة حكم البنت ، فلولا عن فني القاضي نسبها من الرجل وألقاها بالأم لا يجوز للرجل أن يتزوجها لأنه بسبيل من أن يكذب نفسه ويدعيها فيثبت نسبها منه . الثاني يحرم على الرجل بنته من الزنا بصريح النص المذكور لأنها بنته لغة ، والخطاب إنما هو باللغة العربية ما لم يثبت نقل كلفظ الصلاة ونحوه فيصير منقولا شرعيا (قوله لأن جهة الاسم عامة) أي الجهة التي وضع الاسم مع اعتبارها ، فاسم الأخ مثلا وضع لذات باعتبار نسبتها إلى أخرى بالمجاورة في صلب أو رحم ، والأحسن أن يقال باعتبار حلولها ما حلته من صلب أو رحم كي لا يقتصر على التوهم وبهذه الجهة تعم المتفرقات فكان حقيقة في الكل بالتواطؤ ، ويدخل في العمات والحالات بنات الأجداد وإن علوا لأنهن أخوات آباء أعلنون ١ وبنات الجندات وإن علون لأنهن أخوات أمهات علييات وفي بنات الأخ والأخت بناتهن وإن سفلن (قوله ولا بأم امرأته دخل بها أو لم يدخل) إذا كان نكاح البنت صحيحا

(أثبتت حرمتهم بالإجماع) وهذان المسلكان يسلك بهما في كل ما فيه معنى الفرعية أيضا كالبنات وبناتها وبنات الابن بنات كذلك ، والأخت وبناتها وبنات الأخ والعمات والحالات متفرقة كن أو غيرها تناولها النص بوجه عموم الاسم ، هذا ما يتعلق بالقرابة . وتحرم أم امرأته إن كانت مدخولا بها أو لم تكن لقوله تعالى - وأمهات نسائكم -

(قوله في كل ما فيه معنى الفرعية) أقول : فيه بحث ، فإن إطلاق البنت على الفرع مطلقا ممنوع (قوله كالبنات) أقول : حرمة البنات ثبتت بالنص .

(١) (قوله أعلنون) هكذا في النسخ ، والمناسب أعلن بالياء بالواو لأنه صفة آباء المجرور كما لا يخفى كتبه مصححه .

من غير قيد الدخول (ولا بينت امرأته التي دخل بها) لثبوت قيد الدخول بالنص (سواء كانت في حجره أو في حجر غيره) لأن ذكر الحجر خرج مخرج العادة لا يخرج الشرط ولهذا اكتفى في موضع الإحلال بنى الدخول

أما بالفاسد فلا تحرم الأم إلا إذا وطئ بنتها ، ويدخل في أم امرأته جداتها (قوله من غير قيد الدخول) عليه عمر وابن عباس وعمران بن الحصين رضي الله عنهم والجمهور ، وإليه رجح ابن مسعود بناء على أن تقيد المعطوف بصفة أحوال كما في الآية ، فإن قوله - من نسائكم - حال من الربايب لا يوجب تقيد المعطوف عليه به لكنه يجوز ولا يمتنع ، ولهذا خالف فيه علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهما وناهيك بهما علما فيجعل الدخول قيدا في حرمة أمهات النساء وتبعهم على ذلك بشر المريسى ومحمد بن شجاع . ووجهه البناء على أن الشرط والاستثناء إذا تعقب كلمات منسوقة انصرف إلى الكل . ورد بأن المذكور في الآية ليس شرطا بل صفة ، ولا يلزم وصف المعطوف عليه بوصف المعطوف ، ثم يبطل جوازه في هذا الموضع باستلزامه كون الشيء الواحد معمول عاملين ، وذلك أن النساء المضاف إليه أمهات مخفوض بالإضافة والمجرور بمن بها ، فلو كان الموصول وهو قوله - اللاتي دخلتم بهن - صفة لهما لزم ذلك ، وهذا بناء على اعتبار الصفة هنا بمعنى الشرط ، وأبطله في الكشف بلزوم كون من مستعملا في معنيين متخالفين في إطلاق واحد وهو البيان بالنسبة إلى النساء المضاف إليهن أمهات والابتداء بالنسبة إلى الربايب لأنه المناسب فيهما . قال الشيخ سعد الدين في حواشيه : وما يقال إن الابتداء معنى كلى صادق على جميع معاني من فضر ب من التأويل والتشبيه ، ثم قال : نعم قد يستعمل في إيصال شيء فيتناول إيصال الأمهات بالنساء لأنهن والدات والربايب لأنهن مولودات ، فحينئذ يصح جعل - من نسائكم - متعلقا بالأمهات والربايب جميعا حالا منهما . وفائدة إيصال الأمهات بالنساء بعد إضافتها إليها في زيادة قيد الدخول ، لكن الاتفاق على حرمة أمهات النساء مدخولات كمن أو غير مدخولات يأتي هذا المعنى ، فمن هنا جعل متعلقا بربايبكم فقط اه . ويمكن أن يجعل حالا من النساء المضاف إليهن أمهات ومن الربايب إلا أنه يستلزم جعل الحال من المضاف إليه ، وإنما يجوز من جوزه بمسوغ من كون المضاف ضالحا للعمل في الحال أو جزءا للمضاف إليه ، وزاد بعضهم شبه الجزء في صحة حذفه والاستغناء عنه بالمضاف إليه نحو - ملة إبراهيم حنيفا - (قوله سواء كانت في حجره أو في حجر غيره) وهو مذهب الجمهور وشرطه على ، ورجح ابن مسعود إلى قول الجمهور لأن قيد الحجر خرج مخرج العادة والغالب ، إذ الغالب كون البنت مع الأم عند زوج الأم وهو المراد بالحجر هنا ، ولولا هذا لثبت الإباحة عند انتفائه بدلالة اللفظ في غير محل النطق عند من يعتبر مفهوم المخالفة ، وبالرجوع إلى الأصل وهو الإباحة عند من لا يعتبر المفهوم ، لأن الخروج عنه إلى التحريم مقيد بقيد فإذا انتفى القيد رجع إلى الأصل لا بدلالة اللفظ (قوله ولهذا لم أي ولكونه لم يعتبر قيدا في الحرمة اكتفى في وضع نفي الحرمة بنى الدخول بقوله تعالى - فإن لم تكونوا

من غير قيد بالدخول . وتحرم بنت امرأته التي دخل بها لثبوت قيد الدخول بالنص وهو قوله تعالى - من نسائكم اللاتي دخلتم بهن - وليس كونها في الحجر شرطا . (قال المصنف لأن ذكر الحجر) يعني في قوله تعالى - وربائبكم اللاتي في حجوركم - (خرج مخرج العادة) فإن العادة أن تكون البنات في حجور زوج أمها غالبا : أي في تربيتها لا على وجه الشرط ، واستوضح ذلك بقوله (ولهذا اكتفى في موضع الإحلال بنى الدخول) ولم يشترط نفي الدخول مع نفي الحجر حيث لم يقل : فإن لم تكونوا دخلتم بهن . ولئن في حجوركم ، فإن الإباحة تتعلق بغض ما يتعلق به الحرمة . واعتراض بأنه يجوز أن تكون الحرمة متعلقة بعلات ذات وصفين ، وهما الدخول ، والحجر .

(قال ولا بامرأة أبيه وأجداده) لقوله تعالى - ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء (ولا بامرأة ابنه وبني أولاده)
لقوله تعالى - وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم -

دخلتم بهن فلا جناح عليكم - فحيث خصه في موضع النفي بالذكر علمنا أنه المعتبر في إضافة الحرمة ، وإلا لقل
فإن لم تكونوا دخلتم بهن ولسن في حجوركم ، أو فإن لم تكونوا دخلتم بهن أو لسن في حجوركم جريا على العادة
في إضافة نبي الحكم إلى نفي تمام العلة المركبة أو أحد جزءيها الدائر وإن صح إضافته إلى نفي جزئها المعين لكنه
خلاف المستمر من الاستعمال . وهذا ويدخل في الحرمة بنات الربية والريب وإن سفل لأن الاسم يشملهن ،
بخلاف حلائل الأبناء والآباء لأنه اسم خاص فلذا جاز التزويج بأمر زوجة الابن وبنتها ، وجاز للابن التزويج
بأمر زوجة الأب وبنتها (قوله ولا بامرأة أبيه وأجداده لقوله تعالى - ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء) اعلم
أن امرأة الأب والأجداد تحرم بمجرد العقد عليها ، والآية المذكورة استدلت بها المشايخ صاحب النهاية وغيره على
ثبوت حرمة المصاهرة بالزنا بناء على إرادة الوطء بالنكاح ، فإن أريد من حرمة امرأة الأب والجد ما يطاقها من
إرادة الوطء قصر عن إفادة تمام الحكم المطلوب حيث قال : ولا بامرأة أبيه ، وتصديق امرأة الأب بعقد عليه
وإلا لم يفد الحكم في ذلك المحل ، فإنما يصح على اعتبار لفظ النكاح في نكاح الآباء في معنى مجازي يعم العقد
والوطء ، ولك النظر في تعيينه ، ويحتاج إلى دليل يوجب اعتبارها في المجازي ، وليس لك أن تقول ثبتت حرمة
الموطوءة بالآية والمعقود عليها بلا وطء بالإجماع ، لأنه إذا كان الحكم الحرمة بمجرد العقد ولفظ الدليل صالح له
كان مرادا منه بلا شبهة ، فإن الإجماع تابع للنص أو القياس عن أحدهما يكون ، ولو كان عن علم ضروري
يخلق لهم يثبت بذلك أن ذلك الحكم مراد من كلام الشارع إذا احتمله (قوله لقوله تعالى - وحلائل أبنائكم -)
إن اعتبر الحليلة من حلول الفراش أو حل الإزار تناولت الموطوءة بملك اليمين أو شبهة أو زنا فيحرم الكل على
الآباء وهو الحكم الثابت عندنا ، كما تحرم المزني بها ومن ذكرنا للآباء على الأبناء ، ولا تناول المعقود عليها للابن
أو بنيه وإن سفلوا قبل الوطء ، والقرص أنها بمجرد العقد تحرم على الآباء وذلك باعتباره من الحل بكسر الحاء ،

ثم تنتفي الحرمة بانتفاء أحدهما لأن الشيء ينتفي بانتفاء الجزء ، فلم يكن ثبوت الإباحة عند انتفاء الدخول دليلا
على أن الحرمة غير متعلقة بالحجر . وأجيب بأن العادة في مثله نفي الوصفين جميعا أونفي العلة مطلقا ، لا نفي أحدهما
والسكوت عن الآخر . لا يقال : لايجوز حكم الربا وهو حرمة الفضل والنسيئة بين هذين البديلين لأنه لم يوجد
فيه الجنسية أو لم يوجد القدر ، بل يقال : لم يوجد القدر مع الجنس ، أو يقال : لم توجد علة الربا وليس بقوى ،
وتحرم امرأة أبيه وأجداده لقوله تعالى - ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء - فإن دلالة على الأب ظاهرة وعلى
الجد بأحد الطريقتين : إما أن يكون المراد بالأب الأصل فيتناول الآباء الأجداد كما تتناول الأم الجدات ، وإما
بالإجماع . وأما المراد بالنكاح إن كان هو الوطء فيكون العقد ثابتا بالإجماع ، وإن كان المراد به العقد فالوطء

(قال المصنف : لقوله تعالى - ولا تنكحوا ما نكح آبائكم -) أقول : قال الزيلعي : يتناول منكحة الأب وطأ وعقد أصحها ، وكذلك
لفظ الآباء يتناول الآباء والأجداد وإن كان فيه جمع بين الحقيقة والمجاز لأنه نفي ، وفي النفي يجوز الجمع بينهما كما يجوز في المشترك أن يعم
جميع معانيه في النفي اه . وسيجيء في وصايا الهداية جواز الجمع بين معاني المشترك في النفي (قوله وإما بالإجماع) أقول : فيه أن كون دلالة
قوله تعالى على الجد بالإجماع لا معنى له (قوله وأما المراد بالنكاح) أقول : يعني في قوله تعالى - ما نكح - .

وذكر الأصلا ب لإسقاط اعتبار التبني لا لإحلال حليلة الابن من الرضاعة (ولا بأمه من الرضاعة ولا بأخته من الرضاعة) لقوله تعالى - وأمهاتكم اللاقى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة - ولقوله عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » (ولا يجمع بين أختين نكاحا ولا بملك يمين وطأ) لقوله تعالى - وأن تجمعوا بين الأختين - ولقوله عليه الصلاة والسلام « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم أختين »

وقد قام الدليل على حرمة المزي بها للابن على الأب ، وهو ما سنده كره في موضعه فيجب اعتباره في أعم من الحل والحل ، ثم يراد من الأبناء الفروع فتحرم حليلة الابن السافل على الجد الأعلى من النسب ، وكما تحرم حليلة الابن من النسب تحرم حليلة الابن من الرضاع . وذكر الأصلا ب في الآية لإسقاط حليلة المتبني . وذكر بعضهم فيه خلافا للشافعي ، والمنقول عنهم أن ذكر الأصلا ب لإحلال حليلة المتبني لا لإحلال حليلة الابن من الرضاع كذهبنا فلا خلاف (قوله ولا بأمه من الرضاعة) وكل من ذكرنا أنه يحرم من أول الفصل إلى هنا يحرم من الرضاع ، حتى لو أرضعت امرأة صبيا حرم عليه زوجة زوج الظئر الذي نزل لبنها منه لأنها امرأة أبيه من الرضاعة ، ويحرم على زوج الظئر امرأة هذا الصبي لأنها امرأة ابنه من الرضاعة ، وسنستوفي ذلك إن شاء الله تعالى في كتاب الرضاع (قوله ولا يجمع بين أختين نكاحا) أى عقدا (ولا بملك يمين وطأ) وهذا تمييزان للنسبة إضافية ، والأصل بين نكاح أختين ووطئهما مملوكتين ، ولا فرق بين كونهما أختين من النسب أو الرضاعة حتى قلنا لو كان له زوجتان رضيعتان أرضعتهما أجنبية فسد نكاحهما . وعند الشافعي يفسد نكاح الثانية فقط ، واستدل بقوله تعالى - وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف - بناء على أن التحريم المذكور أول الآية أضيف بواسطة العطف إلى الجمع وهو أعم من كونه عقدا أو وطأ . وعن عثمان رضى الله عنه إباحة وطء المملوكتين قال : لأنهما أحلتما آية وحرمتما آية أخرى وهما هذه وقوله تعالى - وما ملكت أيمانكم - فرجع الحل . قيل الظاهر أن عثمان رضى الله عنه رجع إلى قول الجمهور ، وإن لم يرجع بالإجماع اللاحق يرفع الخلاف السابق وإنما يتم إذا لم يعتد بخلاف أهل

ثابت بطريق الأولى . وتحرم امرأة الابن نسبا ورضاعا وبني أولاده لقوله تعالى - وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم - فحليلة الابن وهى زوجته حرام على الأب سواء دخل بها الابن أو لم يدخل لإطلاق النص على الدخول ، وأما حليلة ابن الابن فباعتبار أن المراد بالابن هو الفرع فكأنه قال : وحلائل فروعكم ، وذلك يتناول حليلة ابن الابن وابن البنت بعمومه أو بالإجماع . فإن قيل : قوله تعالى - من أصلابكم - بأبى ذلك . أجاب بأن (ذكر الأصلا ب لإسقاط اعتبار التبني لا لإحلال حليلة الابن من الرضاعة) والدليل على ذلك أن التبني انتسخ بقوله تعالى - ادعوهم لآبائهم - وقصته أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تبني زيد بن حارثة ثم تزوج زينب بعد ما طلقها زيد ، فطعن المشركون وقالوا : إنه تزوج حليلة ابنه ، فنسخ الله التبني بقوله - ادعوهم لآبائهم - ودفع طعن المشركين بهذا التقييد فبقيت حليلة الابن من الرضاع داخلة تحت قوله صلى الله عليه وسلم « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » وهذا ما يتعلق من التحريم بالمصاهرة . وتحرم أم الرجل من الرضاعة وأخته منها لقوله تعالى

(قال المصنف : وذكر الأصلا ب لإسقاط اعتبار التبني) أقول : ويجوز أن يكون للتأكيد كقوله تعالى - ولا طائر يطير بجناحيه - (قوله فبقيت حليلة الابن من الرضاع داخلة تحت قوله صلى الله عليه وسلم « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ») أقول : فيه أن الحديث إن لم يكن مشهورا لازاده على الكتاب على ما تقر في الأصول ، وإن كان مشهورا يجوز نسخ الكتاب به فا الحاجة إلى جعل - من أصلابكم - احترازا عن التبني (قال المصنف : ولا بملك يمين وطأ) أقول : متعلق بوطأ المقدر بقريئة المذكور.

(فإن تزوج أخت أمة له قد وطئها صح النكاح) لصدوره من أهله مضافا إلى محله (و) إذا جاز (لا يطاء الأمة

الظاهر . وبتقدير عدمه فالمرجح التحريم عند المعارضة . والحديث الذى ذكره وهو قوله صلى الله عليه وسلم « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر » الخ غريب . وفى الباب أحاديث كثيرة : منها ما فى الصحيحين عن أم حبيبة قالت : « يارسول الله انكح أختي » الحديث ، إلى أن قال « إنها لا تحل لى » وحديث أبى داود عن الترمذى عن أبى وهب الجبشاني أنه سمع الضحاك بن فيروز يحدث عن أبيه فيروز الدبلى قال « قلت : يارسول الله إني أسلمت ونحيت أختان ، قال : طلق أيهما شئت » قال الترمذى : حسن غريب ، وصححه البيهقى وابن حبان ، ولفظ أبى داود « اختر أيهما شئت » (قوله فإن تزوج أخت أمة له قد وطئها صح النكاح) خلافا لبعض المالكية . وجه قولهم إن المنكوحة موطوءة حكما باعتباركم فيصير بالنكاح جامعا وطأ حكما وهو باطل باعتراكمم لأنكم علمتم عدم جواز وطء الأمة وإن لم يكن وطئ المنكوحة بازوم الجمع وطأ حكما ، وقد قلتم إن حكم وطء الأمة السابق قائم حتى استحجب له لو أراد بيعها أن يستبرئها ، وما قيل حالة صدور العقد لا يكون جامعا وطأ بل بعد تمامه ، فإن ذلك حكمه فيتعقبه ليس بدافع ، فإن صدوره من أهله مضافا إلى محله وإن كان ليس جمعا فى نفسه لكنه يستلزمه حيث كان هو حكمه ، وهو لازم باطل شرعا ولمزوم الباطل باطل فالعقد باطل ، وقد يوجد فى صفحات كلامهم مواضع عللوا المنع فيها بمثله . وقد يجاب بأن هذا اللازم بيده إزالته فليس لازما على وجه اللزوم فلا يضر بالصحة وينع من الوطء بعدها لقيامه إذ ذاك (قوله ولا يطاء الأمة) الحاصل أنه لا يطاء واحدة منهما بعد العقد حتى يحرم الأمة على نفسه بسبب كبيع الكل أو البعض والهبة مع التسليم والإعتاق أو بالكتابة والتزويج . وعن أبى يوسف : لا تحل المنكوحة بالكتابة . وعنه : لو ملك فرجها غيره لا تحل المنكوحة حتى تحيض المملوكة حيضة بعد وطئها لاحتمال كونها حاملا منه ، فعلى هذا لو حاضت بعد الوطء قبل التملك حلت المنكوحة بمجرد التملك . وجه الظاهر ثبوت الحرمة بالكتابة وهو المقصود ، ومن هنا قال الشافعى ومالك وأحمد : تحل المنكوحة قبل تحريم المرقوقة

- وأمهاتكم اللاتي أَرْضَعْنَكُمْ وأخواتكم من الرضاعة - ولقوله عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » هذا ما يتعلق بالرضاع . ويحرم أن يجمع الرجل بين الأختين بنكاح أو بملك يمين وطأ لقوله تعالى - وأن تجمعوا بين الأختين - على الإطلاق ، وسرى حكمهما إلى كل امرأتين لو فرضت إحداها ذكرا حرمت الأخرى عليه بعلقة قطيعة الرحم سواء كان فى النسب أو الرضاع . ومن له أمة فتزوج أختها جاز ، سواء كان وطئ الأمة أو لم يطاءها لأنه صدر من أهله وهو واضح (مضافا إلى محله) لأن الأخت المملوكة وطؤها من باب الاستخدام ، وهو لا يمنع نكاح الأخت ، ثم إن كان وطئ الأمة لا يطؤها بعد ذلك وإن لم يطاء المنكوحة بعد لأن المنكوحة موطوءة حكما فوطء الأمة يكون جمعا بين الأختين بوطء أحدهما حقيقة والأخرى حكما . واعترض عليه بأن النكاح لو كان قائما مقام الوطء حتى تصير المنكوحة موطوءة حكما وجب أن لا يجوز هذا النكاح كى لا يصير جامعا بين الأختين وطأ كما قال به مالك . وأجيب بأن نفس النكاح ليس بوطء حتى يصير به جامعا بينهما ، وإنما

(قال المصنف : فإن تزوج أخت أمة له قد وطئها صح النكاح) أقول : وأنت خير أن الظاهر كان أن يجب عليه تحريم الأمة الموطوءة على نفسه بسبب من الأسباب عقيب نكاح أختها كى لا يلزم الجمع بينهما فليتأمل فإنه يجاب عنه بأنهما مطلقان حكمان لا معتبر بهما (قوله من باب الاستخدام) أقول : لا الاستفراش (قوله كما قال به مالك رحمه الله) أقول : فيه أن ذلك مذهب بعض المالكية .

وإن كان لم يطل المنكوحة (لأن المنكوحة موطوءة حكماً ، ولا يطل المنكوحة للجمع إلا إذا حرم الموطوءة على نفسه لسبب من الأسباب فحينئذ يطل المنكوحة لعدم الجمع ، ويطل المنكوحة إن لم يكن وطئ المملوكة لعدم الجمع وطأ إذ الموقوفة ليست موطوءة حكماً (فإن تزوج أختين في عقدتين ولا يدري أيتهما أولى فرق بينه وبينهما) لأن نكاح إحداهما باطل بيقين ،

بسبب لأن حرمة وطئها قد ثبتت بمجرد العقد فلا حاجة إلى اشتراط التحريم بسبب آخر . وأجيبوا بأن حكم وطء الموقوفة قائم ، حتى لو أراد بيعها استحب له استبرائها ، فبالوطء يكون جامعاً وطأ حكماً وإطلاق الآية يمنعه ، هذا كلامهم وهو مصرح بما وعدناه آنفاً . وهذا إذا كان النكاح صحيحاً ، بخلاف الفاسد إلا إذا دخل بالمنكوحة فيه فحينئذ تحرم الموطوءة لوجود الجمع حقيقة لأنه وطء معتبر ترتب الأحكام عليه (قوله لأن الموقوفة ليست موطوءة حكماً) لأن ملك اليمين لم يوضع للوطء بخلاف النكاح . ولهذا لا يثبت نسب ولدها إلا بدعوة .

[فرع] لو اشترى أختين ليس له وطئهما . فإن وطئ إحداهما أو لمساها بشهوة لم يحل له وطء الأخرى حتى يحرم الموطوءة بسبب ، ولو وطئها أثم ثم لا يحل له وطء واحدة منهما حتى يحرم الأخرى بسبب . ولو باع إحداها أو وهبها أو تزوجها ثم ردت إليه المبيعة أو رجع في الهبة أو طلق المنكوحة وانقضت عدتها لم يحل له وطء واحدة منهما حتى يحرم الأخرى بسبب كما كان أولاً (قوله فإن تزوج أختين في عقدتين ولا يدري أيتهما الأولى فرق بينه وبينهما) هذا تفريع على حرمة الجمع ، وقيد بعقدتين إذ لو كانا في عقدة واحدة بطلا يقينا وبعدم علم الأولية ، إذ لو علم صح النكاح الأول وبطل الثاني ، وله وطء الأولى إلا أن يطل الثانية فتحرم الأولى إلى انقضاء عدة الثانية ، كما لو وطئ أخت امرأته بشبهة حيث تحرم امرأته ما لم تنقض عدة ذات الشبهة . وفي الدراية عن الكامل : لو زنى بإحدى الأختين لا يقرب الأخرى حتى تحيض الأخرى حيضة وهذا مشكل ، والله سبحانه أعلم .

يصير وطأ بعد ثبوت حكمه وهو حل الوطء فلا يكون وطء الأمة مانعاً عن النكاح (ولا يطل المنكوحة) أيضاً (للجمع) بينهما (إلا إذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من الأسباب) كالبيع والتزويج ، لأن ذلك الوطء قائم حكماً ، حتى لو أراد أن يبيع يستحب له الاستبراء فيصير جامعاً بينهما وطأ حقيقة ، وبالتحريم على نفسه يبطل حكم ذلك الوطء لزوال معنى اشتغال رحمها بمائه حقيقة وحكماً ، ألا ترى أنه يحل لزوجه أن يغشاها فيحل له أن يطل المنكوحة حينئذ لعدم الجمع ، وإن لم يكن وطئ المملوكة جازله أن يطل المنكوحة لعدم الجمع وطأ إذ الموقوفة ليست موطوءة حكماً . قوله (فإن تزوج أختين في عقدتين ولا يدري أيتهما أولى فرق بينه وبينهما) قيد بعقدتين ، لأنه لو تزوجهما بعقد واحد كان النكاح باطلاً للجمع بين الأختين فلا يستحقان شيئاً من المهر ، وقيد بقوله ولا يدري أيتهما أولى لأنه لو علم بذلك بطل نكاح الثانية . وقوله (لأن نكاح إحداهما باطل بيقين)

(قوله فيصير جامعاً بينهما وطأ حقيقة) أقول : فيه شيء (قوله وبالتحريم على نفسه يبطل حكم ذلك الوطء) أقول : فيه بحث ، فإنه كان ينبغي أن يجب تحريم الموطوءة على نفسه عقيب النكاح بسبب من الأسباب كي لا يلزم الجمع فليتأمل فإنهما وطئان حكيمان في الحقيقة ولا يمنع الجمع فيهما (قوله لزوال معنى اشتغال رحمها بمائه حقيقة وحكماً) أقول : فإن قيل : لو صح ما ذكرتم لم يجب الاستبراء على البائع . قلنا ذلك ليس للاشتغال بل للحديث على ما فصله صدر الشريعة في آخر باب الكراهية .

ولا وجه إلى التعيين لعدم الأولوية ولا إلى التنفيذ مع التجهيل لعدم الفائدة أو للضرر فتعين التفريق (ولهما نصف المهر) لأنه وجب للأولى منهما ، وانعدمت الأولوية للجهل بالأولوية فيصرف إليهما ، وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما أنها الأولى أو الاصطلاح للجهالة المستحقة

(قوله ولا وجه إلى التعيين لعدم الأولوية) طولب بالفرق بين هذا وبين ما إذا طلق إحدى نسائه بعينها ونسبها حيث يؤمر بالتعيين ولا يفارق الكل . وأجيب بإمكانه هناك لاهنا لأن نكاحهن كان متيقن الثبوت ، فله أن يدعى نكاح من شاء معينة منهن تمسكا بما كان متيقنا ولم يثبت هنا نكاح واحدة منهما بعينها ، فدعواه حينئذ تمسك بما لم يتحقق ثبوته (قوله ولا إلى التنفيذ مع التجهيل) أى تنفيذ نكاحهما مع جهل المحالة منهما لأنه تنفيذ الجمع بين الأختين أو تنفيذ نكاح إحداهما مع تجهيله بأن ينفذ الأحدهما بينهما (لعدم الفائدة) وهو حل الاستمتاع إذ لا يقع إلا في معينة ولا حل في المعينة (أو للضرر) عليه بإلزامه النفقة وسائر الواجب مع عدم حصول المقصود وعليها بصير ورتها معلقة لا ذات بعل في حق الوطاء ولا مطلقة ولتضرر الأولى لو وقع تعيينه لغيرها وهي الصحيحة والثانية لوقوعها في الوطاء الحرام ، وفي هذا نظر إذ لا ضرر عليها في الدنيا وهو ظاهر ، ولا في الآخرة لعدم قصد التجانف لإثم ، ولو قال وللضرر بالواو كان أولى لأن كلا منهما لازم للتنفيذ مع التجهيل (فتعين التفريق) والظاهر أنه طلاق حتى ينقص من طلاق كل منهما طلاقة لوتزوجها بعد ذلك ، فإن وقع قبل الدخول فله أن يتزوج أيهما شاء للحال أو بعده بهما فليس له بأى واحدة منهما شاء حتى تنقضى عدتها . وإن انقضت عدة إحداهما دون الأخرى فله تزوج التي لم تنقض عدتها دون الأخرى كي لا يصير جامعا ، وإن بعده بإحداهما فله أن يتزوجها في الحال دون الأخرى فإن عدتها تمنع من تزوج أختها (قوله ولهما نصف المهر) المسمى لهما بناء على أن التفريق قبل الدخول مع تساوى مهرهما جنسا وقدرًا سواء برهنت كل واحدة منهما على أنها سابقة أو ادعته فقط ، أما لو قالتا لا ندرى السابقة منا لم يقض بشيء فلو كان التفريق بعد الدخول وجب لكل منهما مهرهما كاملا . وفي النكاح الفاسد يقضى بمهر كامل وعقر كامل ، ويجب حمله على ما إذا اتحد المسمى لهما قدرًا وجنسا ، أما إذا اختلفا فيه فيتعذر إيجاب عقر إذ ليست إحداهما أولى بجعلها ذات العقر من الأخرى لأنه فرع الحكم بأنها

يعنى من كانت أخرى في الواقع (ولا وجه إلى التعيين لعدم الأولوية ولا إلى التنفيذ) يعنى إلى تصحيحه في إحداهما بغير عينها (لعدم الفائدة) وهي حل القربان للزوج لأنه لا يثبت مع الجهالة (أو للضرر) يعنى في حقهما لأن كلا منهما تبقى معلقة لا ذات بعل ولا مطلقة (فتعين التفريق) وطولب بالفرق بين هذه وبين ما إذا كان لرجل أربع نسوة فطلق واحدة منهن بعينها ثم نسبها فإنه يؤمر بالبيان ولا يفرق . وأجيب بأن الفارق تمكن الزوج ثمة من دعوى ثلاث منهن بأعيانها ، لأن نكاح كل واحدة منهن كان ثابتا بيقين ، وليس فيها نحن فيه شيء من نكاحهما كذلك فلا يتمكن من دعوى النكاح في إحداهما تمسكا باليقين فيفرق بينهما . وقوله (ولهما نصف المهر) يعنى بينهما نصفان (لأنه وجب للأولى منهما) أما أنه وجب فلأن الفرقة وقعت بسبب مضاف إلى الزوج وهو التجهيل وذلك يوجب المهر ألبته ، وأما أنه للأولى فلأن نكاحها صحيح دون الأخرى ، وتقرير كلامه المهر للأولى منهما لما قلنا وليست إحداهما لكونها أولى أولى (للجهل بالأولوية) وفي بعض النسخ بالأولوية (فيصرف إليهما) وقوله (وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما) قال الفقيه أبو جعفر : لا بد أن تدعى كل واحدة منهما أنها هي الأولى ، وأما إذا قالت لا ندرى أى النكاحين كان أولا لا يقضى لهما بشيء حتى يصطلحا ، لأن الحق

(ولا يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها) لقوله عليه الصلاة والسلام « لاتنكح المرأة على عمها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها » وهذا مشهور ،

الموطوعة في النكاح الفاسد ، هذا مع أن الفاسد ليس حكم الوطء فيه إذا سمي فيه العقر بل الأقل من المسمى ومهر المثل ، ولو اختلفا جنسا أو قدرا قضى لكل واحدة بربع مهرها ، وإن لم يكن في العقد تسمية تجب متعة واحدة لهما بدل نصف المهر . وكل هذه الأحكام المذكورة بين الأختين ثابتة بين كل من لا يجوز جمعه من المحارم ، والتقيد المذكور بقوله وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما : أى دعواها أنها الأولى أو يصطلحان بأن يقولوا نصف المهر لنا عليه لا يعدونا فنصطلح على أخذه ، وما ذكره المشايخ يندفع به قول أبي يوسف إنه لاشئ لهما بلهالة المقضى لها ، فهو كما لو قال لأحد هذين عندى ألف لا يقضى بشئ بلهالة المقضى له . وعن محمد أن عليه مهرا كاملا بينهما نصفان ، لأن الزوج أقر بجواز نكاح إحداهما فيجب مهر كامل . وجوابه إنه يستلزم إيجاب القضاء بما تحقق عدم لزومه ، فإن إيجاب كماله حكم الموت أو الدخول (قوله ولا يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها) تكرار لغير داع إلا أن يكون للمبالغة في نفي الجمع ، بخلاف ما في الحديث من قوله صلى الله عليه وسلم « لاتنكح المرأة على عمها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها » رواه مسلم وأبو داود والترمذى والنسائى ، فإنه لا يستلزم منع نكاح المرأة على عمها أو خالتها منع القلب لجواز تخصيص العمة والحالة بمنع نكاح ابنة الأخ والأخت عليهما دون إدخالهما على الابنة لزيادة تكرمتهما على الابنة ، قال صلى الله عليه وسلم « الحالة بمنزلة الأم » في الصحيحين . ويؤنس حرمة نكاح الأمة على الحرمة مع جواز القلب فكان التكرار لدفع توهم ذلك ، بخلاف المذكور في الكتاب فإنه لم يذكره إلا بلفظ الجمع فلا يجرى فيه ذلك التوهم وهذا ظاهر ، وغير هذا الحديث الذى ورد بلفظ الجمع لم يزد فيه على قول : « لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها » . انتهى في الصحيحين (قوله وهذا مشهور) أعنى الحديث المذكور ثابت في صحيحى مسلم وابن حبان ، ورواه أبو داود والترمذى والنسائى ، وتلقاه الصدر الأول بالقبول من الصحابة والتابعين ، ورواه الجهم الغفير منهم

للمجهولة فلا بد من الدعوى أو الاصطلاح ليقضى لهما : وصورة هذا الاصطلاح أن يقولوا عند القاضي : لنا عليه المهر وهذا الحق لا يعدونا فنصطلح على أخذ نصف المهر فيقضى القاضي . قال (ولا يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها لقوله عليه الصلاة والسلام « لاتنكح المرأة على عمها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها » رواه ابن عباس وجابر ، كذا في النهاية : وذكر الترمذى في جامعه أنه رواه على وأبو هريرة وابن عمر وأبو سعيد وعبد الله بن عمرو وأبو أمامة وجابر وعائشة وأبوموسى الأشعرى وصمرة بن جندب (وهو مشهور) تلقته الأمة بالقبول والعمل . فإن قيل : فما فائدة التكرار لحكم واحد بصفتين مختلفتين في موضعين ، فإن المراد من قوله لاتنكح المرأة على عمها هو أن لا يجمع بينهما في النكاح ، ثم الجمع بين المرأة

(قال المصنف : ولا يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها) أقول : تكرار لغير داع ، إلا أن يكون للمبالغة في نفي الجمع ، بخلاف ما في الحديث فإنه لا يستلزم منع نكاح المرأة على عمها أو خالتها منع القلب لجواز تخصيص العمة والحالة بمنع نكاح ابنة الأخ والأخت عليهما دون إدخالهما على الابنة . قال صلى الله عليه وسلم : « الحالة بمنزلة الأم » ويؤنس حرمة نكاح الأمة على الحرمة مع جواز القلب فكان التكرار لدفع توهم ذلك ، بخلاف المذكور في الكتاب فإنه لم يذكره إلا بلفظ الجمع فلا يجرى فيه

يجوز الزيادة على الكتاب بمثله (ولا يجمع بين امرأتين او كانت إحداهما رجلا لم يحز له أن يتزوج بالأخرى) لأن

أبو هريرة وجابر وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وأبو سعيد الخدري رضي الله عنهم (فتجوز الزيادة به على الكتاب) يعني بالزيادة هنا تخصيص عموم قوله تعالى - وأحل لكم ما وراء ذلكم - لا الزيادة المصطلخة من تقييد المطلق مع أن العموم المذكور مخصوص بالمشاركة والمجوسية وبناته من الرضاغة ، فلو كان من أخبار الآحاد جاز التخصيص به أيضا غير متوقف على كونه مشهورا ، والظاهر أنه لا بد من ادعاء الشهرة لأن الحديث موقعه النسخ لا التخصيص ، لأن قوله تعالى - ولا تنكحوا المشركات - ناسخ لعموم قوله تعالى - وأحل لكم ما وراء ذلكم - إذ لو تقدم لزم نسخه بالآية فلزم حل المشركات وهو منتف أو تكرر النسخ وحاصله خلاف الأصل . بيان الملازمة أن يكون السابق حرمة المشركات ثم ينسخ بالعام وهو - وأحل لكم ما وراء ذلكم - ثم يجب تقدير ناسخ آخر لأن الثابت الآن الحرمة (قوله ولا يجمع بين امرأتين لو كانت كل واحدة منهما ذكر لم يحز له أن يتزوج بالأخرى) ثنى بعد ذكر ذلك الفرع بأصل كلى يتخرج عليه هو وغيره كحرمة الجمع بين عمتين وخالتين ، وذلك أن يتزوج كل من رجلين أم الآخر فيولد لكل منهما بنت فيكون كل من البنيتين عمة للأخرى ، أو يتزوج كل من رجلين بنت الآخر ويولد لهما بنتان فكل من البنيتين خالة للأخرى فيمتنع الجمع بينهما . والدليل على اعتبار الأصل المذكور ما ثبت في الحديث برواية الطبراني وهو قوله « فلأنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » وروى أبو داود في مراسيله عن عيسى بن طلحة قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تنكح المرأة على قريبتها مخافة القطيعة »

وعمتها هو عين جمع المرأة بينها وبين بنت أخيها ، وكذلك الجمع بين المرأة وخالتها هو عين الجمع بينها وبين ابنة أخيها . أجب بأن شمس الأئمة الشرحسى قال : ذكر هذا النقيض من الجائنين ، إما للمبالغة في بيان التحريم ، أو لإزالة الإشكال لأنه ربما يظن ظان أن نكاح ابنة الأخ على العمة لا يجوز ، ونكاح العمة على ابنة الأخ يجوز لتفضيل العمة ، كما لا يجوز نكاح الأمة على الحرة ويجوز نكاح الحرة على الأمة ، فينبى النبي صلى الله عليه وسلم ثبوت هذه الحرمة من الجائنين لإزالة الإشكال . ولقائل أن يقول : في عبارة المصنف تسامح لأنه قال : وهذا مشهور (تجوز الزيادة على الكتاب بمثله) وهذه العبارة إنما تستعمل في تقييد المطلق على ما لا يخفى على المحصلين ، وما نحن فيه ليس كذلك لأن قوله تعالى - وأحل لكم ما وراء ذلكم - عام ، وهذا الحديث يخصه . سلمنا جواز الاصطلاح على تخصيص العام بالزيادة ، لكن شرط التخصيص المقارنة عندنا أولا وليس بمعلومة . ويمكن أن يجاب عنه بأن الزيادة على الكتاب نسخ أخص فيجوز ذكره وإرادة مطلق النسخ لأن ذكر الأخص وإرادة الأعم مجاز شائع فيكون معناه يجوز نسخ الكتاب به ، ولا نزاع في ذلك لاسيما أنه تطرق إليها الاحتمال بالنسخ مرة فإن قوله تعالى - ولا تنكحوا المشركات - نسخ عموم قوله تعالى - وأحل لكم ما وراء ذلكم - بتقديره متأخرا لثلا يتكرر النسخ ، فجاز أن ينسخ بخبر مشهور ما تناوله مما ذكرناه ، ولا بأس بمطالعة ما في النهاية في هذا الموضوع من كلام المهرة الحذاق المتقنين إن كانت القواعد الأصولية على ذكر منك . وقوله (ولا يجمع بين امرأتين لو كانت إحداهما رجلا لم يحز له أن يتزوج بالأخرى) ظاهر ، وهو حكم ثابت بدلالة الحديث الذى كان بحثنا فيه لأن الجمع بين

ذلك لتوهم ، وهذا ظاهر (قوله سلمنا جواز الاصطلاح الخ) أقول : فيه بحث ، فإن الإيراد الثانى لا يرد على المصنف بل على المورد نفسه حيث سلم أنه تخصيص (قوله لثلا يتكرر النسخ) أقول : حتى لا يلزم حل المشركات المعلوم الانتفاء .

الجمع بينهما يفضى إلى القطيعة والقرابة المحرمة للنكاح محرمة للقطع، ولو كانت المحرمة بينهما بسبب الرضاع يحرم لما روينا من قبل (ولا بأس بأن يجمع بين امرأة وبنت زوج كان لها من قبل) لأنه لا قرابة بينهما ولا رضاع. وقال زفر: لا يجوز لأن ابنة الزوج لو قدرتها ذكرا لا يجوز له الزوج بامرأة أبيه. قلنا: امرأة الأب لو صورتها ذكرا جاز له الزوج بهذه والشرط أن يصور ذلك من كل جانب.

فأوجب تعدى الحكم المذكور وهو حرمة الجمع إلى كل قرابة يفرض وصلها وهو ما تضمنه الأصل المذكور، وبه تثبت الحجة على الروافض والخوارج وعثمان بن عيسى على ما نقل عنه وداود الظاهري في إباحة الجمع بين غير الأخنتين، وقد روى في خصوص العميتين والخالتين حديث عن خصيف عن عكرمة، عن ابن عباس رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (أنه كره أن يجمع بين العمة والخالة وبين العميتين والخالتين) وإن تكلم في خصيف فالوجه قائم بغيره وهذا مؤيد (قوله والقرابة المحرمة للنكاح) أى بمقتضى آية المحرمات (محرمة للقطع) على اسم الفاعل فيهما وفي الجمع القطع فلا يحل. وفي بعض النسخ محرمة للقطع على اسم المفعول في الثاني أى إنما حرمت للقطع فإنه عادة يقع التشاجر بين الزوجتين فيفضى إلى القطيعة فلذلك حرمت تلك القرابات المنصوص عليهن في الآية أعنى - حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم - إلى آخرها على الرجل، وإن كان في بعضها غير ذلك أيضا كمنافاة الاحترام الواجب للأمهات والعمات والخالات بالافتراش فيمكن إدراجه في القطيعة، ولا شك أن الجمع أفضى إليه لأكثرية المضارة بين الضرائر فكانت حرمة الجمع أولى من حرمة الأقارب (قوله ولو كانت المحرمة بينهما) أى بين المرأتين (بسبب الرضاع لا يحل الجمع لما روينا من قبل) وهو قوله صلى الله عليه وسلم «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» فلا يجوز أن يجمع بين أختين من الرضاع، أو امرأة وابنة أخ لها من الرضاع لأنها عمتها، أو امرأة وابنة أختها من الرضاع لأنها خالتها من الرضاع (قوله لأنه لا قرابة بينهما ولا رضاع) يعنى أن الموجب لاعتبار ذلك الأصل وهو حرمة الجمع بين امرأتين لو كانت كل منهما ذكرا حرمت عليه الأخرى هو قيام القرابة المفترض وصلها أو الرضاع المفترض وصل متعلقه واحترامه. حتى لا يجوز أن يجمع بين أختين من الرضاع أو عمة أو خالة وابنة أخ أو أخت من الرضاع. وكذا كل محرمية بسبب الرضاع، وكلاهما منتف في الزبيبة وزوجة الأب فكان تحريم الجمع بينهما قولاً لا بدليل. وهذه أعنى مسألة الجمع بين الزبيبة وزوجة أبيها مما اتفق عليه الأئمة الأربعة، وقد جمع عبد الله بن جعفر بين زوجة على وبنته ولم ينكر عليه أحد من أهل زمانه وهم الصحابة والتابعون، وهو دليل ظاهر على الجواز، أخرجه الدارقطني عن قثم مولى ابن عباس قال: تزوج عبد الله بن جعفر بنت على وامرأة على، وذكره البخارى تعليقا. قال: وجمع عبد الله بن جعفر بين ابنة على وامرأة على وتعليقاته صحيحة. قال ابن سيرين: وكرهه الحسن مرة. ثم قال: لا بأس به. وقدمنا قريبا أنه لا بأس أن يتزوج الرجل امرأة ويتزوج

المرأة وعمتها محرم لإفضائه إلى قطيعة الرحم المحرم القطع وهو موجود فيما نحن فيه، ولا عليك أن نجعله ثابتا بدلالة قوله تعالى - وأن تجمعوا بين الأختين - كما قدمته وهو أولى. وقوله (ولو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع) ظاهر. وقوله (لما روينا) إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام «يحرم من الرضاع» الحديث. وقوله (ولا بأس بأن يجمع بين امرأة) ظاهر، ونسب في المبسوط قول زفر هذا إلى ابن أبي ليلى. وقوله (والشرط أن يصور ذلك من كل جانب) يعنى كما كان في الأختين كذلك لأن ذلك هو المنصوص عليه وما نحن فيه فرع عليه فيجب أن يكون الفرع على وفاق الأصل. وقد صح أن عبد الله بن جعفر جمع بين امرأة على وبنته، وهذا ما يتعلق بالتحريم

قال (ومن زنى بامرأة حرمت عليه أمها وبناتها) وقال الشافعي : الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لأنها نعمة فلا تنال بالمحظور .

ابنه أمها أو بناتها لأنه لا مانع . وقد تزوج محمد بن الحنفية امرأة وزوج ابنه بنتها (قوله ومن زنى بامرأة حرمت عليه أمها) أى وإن علت ، فتدخل الجندات بناء على ما قدمه من أن الأم هي الأصل لغة (وبناتها) وإن سفلت . وكذا تحرم المزنى بها على آباء الزانى وأجداده وإن علوا وأبنائه وإن سفلوا هذا إذا لم يفرضها الزانى ، فإن أفضاها لا تثبت هذه الحرمت لعدم تيقن كونه في الفرج إلا إذا حبلت وعلم كونه منه . وعن أبي يوسف قال : أكره له الأم والبنات . وقال محمد : التنزه أحب إلى ولكن لا يفرق بينه وبين أمها . وقد يقال : إذا كان المس بشهوة تنشر بها الآلة محرماً يجب القول بالتحريم إذا أفضاها إن لم ينزل ، وإن أنزل فعلى الخلاف الآتى ، وإن أنشر معه أو زاد انتشاره كما في غيره . والجواب أن العلة هو الوطء السبب للولد وثبوت الحرمة بالمس ليس إلا لكونه سبباً لهذا الوطء ، ولم يتحقق في صورة الإفضاء ذلك إذا لم يتحقق كونه في القبل ، ولا بد من كونها مشتبهة حالاً أو ماضياً وعن أبي يوسف : إذا وطئ صغيرة لا تشتهى تثبت الحرمة قياساً على العجوز الشوهاء . ولهما أن العلة ووطء سبب للولد وهو منتف في الصغيرة التي لا تشتهى ، بخلاف الكبيرة لجواز وقوعه كإبراهيم وزكريا عليهما السلام . وله أن يقول الإمكان العقلي ثابت فيهما والعادى منتف عنهما فتساويا . والقصتان على خلاف العادة لا توجبان الثبوت العادى ولا تخرجان العادة عن النفي . ولا يتعلق بالوطء في الدبر حرمة خلافاً لما عن الأوزاعى وأحمد . ووجهه ما تضمنه الجواب المذكور . وبقولنا قال مالك في رواية وأحمد خلافاً للشافعي ومالك في أخرى ، وقولنا قول عمر وابن مسعود وابن عباس في الأصح وعمران بن الحصين وجابر وأبي وعائشة وجمهور التابعين كالصبرى والشعبي والنخعي والأوزاعى وطاوس وعطاء ومجاهد وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وحامد والثورى وإسحاق بن راهويه . ولو ولدت منه بنتا بأن زنى ببيكر وأمسكها حتى ولدت بنتا حرمت عليه هذه البنت لأنها بنته حقيقة وإن لم ترثه ولم تجب نفقتها عليه ولم تصر أمهاتها أمهات أولاد لقوله صلى الله عليه وسلم « الولد للفراس » فإن المراد به الولد الذى يترتب عليه أحكام الشرع إلا أن حكم الحرمة عارضه فيه قوله تعالى - حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم - والمخلوقة من مائه بنته حقيقة لغة ، ولم يثبت نقل في اسم البنت والولد شرعاً ، والاتفاق على حرمة الابن من الزنا على أمه ، فعلمنا أن حكم الحرمة مما اعتبر فيه جهة الحقيقة ، ثم هو الجازى على المعهود من الاحتياط في أمر الخروج ، وبحرمة البنت من الزنا قال مالك في المشهور وأحمد خلافاً للشافعي ، وعلى هذا الخلاف أختمن الزنا وبنت أخيه وبنت أخته أو ابنه منه بأن زنى أبوه أو أخوه أو أخته أو ابنه فأولدوا بنتاً فإنها تحرم على الأخ والعلم

بسبب الجمع . قال (ومن زنى بامرأة حرمت عليه أمها وبناتها) لما فرغ من بيان الحرمة بسبب الجمع أراد أن يبين أن الزنا يوجب حرمة المصاهرة أولاً وذكر الخلاف (وقال الشافعي : الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لأنها نعمة) فإنها تلحق الأجنيات بالمحارم ، وكل ما هو نعمة لا ينال بالمحظور لانتفاء المناسبة الواجبة بين الحكم وسببه (ولنا أن

(قوله أراد أن يبين أن الزنا يوجب حرمة المصاهرة) أقول : فكان الأنسب تقديمه على مسائل الجمع ولعل تأخيرها لكونه مكان الإختلاف

ولنا أن الوطء سبب الجزئية بواسطة الولد حتى يضاف إلى كل واحد منهما كملا فتصير أصولها وفروعها كأصوله وفروعه وكذلك على العكس ،

والحال والجد . ووجه قوله ظاهر من الكتاب (قوله ولنا أن الوطء سبب الجزئية) اعلم أن الدليل يتم بأن يقال هو وطء سبب للولد فيتعلق به التحريم قياسا على الوطء الحلال بناء على إلغاء وصف الحل في المناط . وهو يعتبره فهذا منشأ الافراق . ونحن نبين إلغاءه شرعا بأن وطء الأمة المشتركة وجارية الابن والمكاتب والمظاهر منها وأمتة المحوسية والحائض والنفساء ووطء المحرم والصائم كله حرام وتثبت به الحرمة المذكورة ، فعلم أن المعتبر في الأصل هو ذات الوطء من غير نظر لكونه حلالا أو حراما . وما رواه من قوله صلى الله عليه وسلم « لا يحرّم الحرام » غير مجرى على ظاهره ، أريت لو بال أو صبّ خرا في ماء قليل ممثوك له لم يكن حراما مع أنه يحرم استعماله فيجب كون المراد أن الحرام لا يحرّم باعتبار كونه حراما ، وحيث نقول بموجبه إذا لم نقل باثبات الزنا حرمة المصاهرة باعتبار كونه زنا بل باعتبار كونه وطأ ، هذا لو صح الحديث ، لكن حديث ابن عباس مضعف بعثمان بن عبد الرحمن الواقص على ما طعن فيه يحيى بن معين بالكذب . وقال البخاري والنسائي وأبو داود : ليس بشيء ، وذكره عبد الحق عن ابن عمر ثم قال : في إسناده إسحاق بن أبي فروة وهو متروك ، وحديث عائشة ضعف بأنه من كلام بعض قضاة أهل العراق قاله الإمام أحمد ، وقيل من كلام ابن عباس وخالفه كبار الصحابة ، وقد استدلل بقوله تعالى - ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء - بناء على أن المراد بالنكاح الوطء ، إما لأنه الحقيقة اللغوية أو مجاز يجب الحمل عليه بقرينة قوله تعالى - إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا - وإنما الفاحشة الوطء لانفس العقد . ويمكن منع هذا بل نفس لفظه الذي وضعه الشارع لاستباحة الفروج إذا ذكر لاستباحة ما حرم الله من منكوحات الآباء : أي المعقود عليهن لهم بعد ما جعله الله قبيحا قبيح ، وقدمنا للمصنف اعتبار الآية دليلا

الوطء سبب الجزئية) وتقريره : الولد جزء من هو من مائه والاستمتاع بالجزء حرام : أما أن الولد جزء من هو منه فلأن سبب الجزئية موجود وهو الوطء فإنه سبب للجزئية بين الوالدين والولد لا محالة ، وكذا بين الوالدين بسبب الولد (حتى يضاف إلى كل واحد منهما كملا) يقال ابن فلان وابن فلانة (فتصير أصولها وفروعها كأصوله وفروعها) وتصير أصوله وفروعها كأصولها وفروعها . فإن قيل : لو كان كذلك لكانت الحرمة ثابتة في نفس المرأة الموطوءة لأنها حينئذ جزء الواطئ . أجاب بقوله (والاستمتاع بالجزء حرام إلا في موضع الضرورة وهي الموطوءة) لأنها لو قيل بحرمها لم تحل امرأة بعد ما ولدت لزوجها وعاد النكاح على موضوعه بالنقض لأنه ما شرع إلا للتوالد ، فلو حرمت بالولادة لكان ما وضع للولادة ينتفي بها فيهما وذلك خلف باطل ، وأما أن الاستمتاع بالجزء حرام فلأن أول الإنسان آدم عليه السلام وقد حرمت عليه بناته فهو الأصل في حرمة الجزء ، واستثنى موضع الضرورة وهي امرأته .

(قوله وتقريره الولد جزء من هو من مائه والاستمتاع بالجزء حرام) أقول : النتيجة اللازمة من هذا القياس حرمة الاستمتاع بالولد وفروعه ليس إلا والمطلوب يتضمن حرمة أصول كل منهما للآخر أيضا ، والصواب تركيب القياس الاستثنائي بحيث يعم الكل (قال المصنف : ولنا أن الوطء سبب الجزئية بواسطة الولد) أقول : فإن الولد جزء من الأب وهو جزء من الأم أيضا متصل بها مختلط حتى يفصل منها بالمقاريض (قوله وكذا بين الوالدين بسبب الولد) أقول : فيه بحث (قوله فإن قيل لو كان الخ) أقول : محل هذا السؤال كان عقيب بيان الكبرى كما لا يخفى (قوله بعد ما ولدت) أقول : بل بعد الوطء ، وهذا أولى في إثبات المطلوب والعود على موضوعه بالنقض (قوله فهو الأصل في حرمة الجزء) أقول : أي حديث آدم عليه السلام .

والاستمتاع بالجزء حرام إلا في موضع الضرورة وهي الموطوءة ، والوطء محرم من حيث إنه سبب الولد لا من حيث إنه زنا (ومن مسته امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وابنتها)

على تحريم المعقود عليها للأب . وقد روى أصحابنا أحاديث كثيرة منها « قال رجل : يا رسول الله إني زنيت بامرأة في الجاهلية أفأنكح ابنتها ؟ قال : لا أرى ذلك ، ولا يصلح أن تنكح امرأة تطلع من ابنتها على ما تطلع عليه منها » وهو مرسل ومنقطع ، وفيه أبو بكر بن عبد الرحمن ابن أم حكيم . ومن طريق ابن وهب عن أبي أيوب عن ابن جريج « أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الذي يتزوج المرأة فيخمز ولا يزيد على لك : لا يتزوج ابنتها » وهو مرسل ومنقطع ، إلا أن هذا لا يقدح عندنا إذا كانت الرجال ثقات . فالحاصل أن المقولات تكافأت ، وقوله نعمة فلا تنال بالمحظور مغلطة ، فإن النعمة ليست التحريم من حيث هو تحريم لأنه تضيق ، ولذا اتسع الحل لرسول الله صلى الله عليه وسلم من الله سبحانه ، بل من حيث هو يترتب على المصاهرة ، فحقيقة النعمة هي المصاهرة لأنها هي التي تصير الأجنبي قريبا وعضدا وساعدا يهيمه ما أمهك ولا مصاهرة بالزنا ، فالصهر زوج البنت مثلا لا من زنى بنت الإنسان فانتفى الصهرية . وفائدتها أيضا إذ الإنسان ينفر عن الزاني بينته فلا يتعرف به بل يعاديه فأني ينتفع به ؟ فالمرجع القياس . وقد بينا فيه إلغاء وصف زائد على كونه وطأ . وظهر أن حديث الجزئية وإضافة الولد إلى كل منهما كمالا لا يحتاج إليه في تمام الدليل ، إلا أن الشيخ ذكره بيانا لحكمة العلة : يعني أن الحكمة في ثبوت الحرمة بهذا الوطء كونه سببا للجزئية بواسطة الولد المضاف إلى كل منهما كمالا ، وهو إن انفصل فلا بد من اختلاط مآ ، ولا يخفى أن الاختلاط لا يحتاج تحققه إلى الولد وإلا لم تثبت الحرمة بوطء غير معلق والواقع خلافة فتضمنت جزئه (والاستمتاع بالجزء حرام) لقوله صلى الله عليه وسلم « ناكح اليد ملعون » (إلا في موضع الضرورة وهي المنكوحة) وإلا لاستلزم البقاء مزوجا حرجا عظيما تضيق عنه الأموال والنساء ، وإذا تضمنت جزئه صارت أمهاتها كأمهاتها وبناتها كبناتها فيحرمن عليه كما تحرم أمهاته وبناته حقيقة : أو نقول وهو الأوجه : إن بالانفصال لا تنقطع نسبة الجزئية وهي المدار . وعند عدم العلق غاية ما يلزم كون المظنة خالية عن الحكمة وذلك لا يمنع التعليل كالمالك المرفه (قوله ومن مسته امرأة بشهوة) أي بدون حائل أو بحائل رقيق تصل معه حرارة البدن إلى اليد . وقيل المدار وجود الحجم ، وفي مس الشعر روايتان ، ونقل فيه اختلاف المشايخ ومسه امرأة كذلك ، ويشترط كونها مشتبهة حالا أو ماضيا ، فلو مس عجوزا بشهوة أو جامعها تثبت الحرمة ، وكذا إذا كانت صغيرة

وقوله (والوطء محرم من حيث إنه سبب الولد) جواب عن قوله حرمة المصاهرة نعمة فلا تنال بمحظور . وبيانه أن الوطء ليس بسبب للحرمة من حيث ذاته حتى تعتبر المناسبة بينه وبين الحكم بالمشروعية ، ولا من حيث أنه زنا وإنما هو سبب لها من حيث أنه سبب للولد أقيم مقامه كالسفر مع المشقة ، ولا غلوان ولا معصية للمسبب الذي هو الولد لعدم اتصافه بذلك . لا يقال : ولد غصيان أو غلوان والشئ إذا قام مقام غيره يعتبر فيه صفة أصله لاصفة نفسه كالتراب في التيمم . وقوله (ومن مسته امرأة بشهوة) بيان أن الأسباب الداعية إلى الوطء في إثبات الحرمة كالوطء في إثباتها . قال الفقيه أبو الليث : تأويل المسئلة إذا صدق الرجل المرأة أنها مسته عن شهوة ولو كذبها ولم يقع في أكبر رأيها أنها فعلت ذلك عن شهوة ينبغي أن لا تحرم عليه أمها وبنتها . فإن قيل : ذكر مسألة الدواعي تكرار لأن نفس الوطء الحرام إذا لم يوجب الحرمة عند الشافعي فلأن لا يوجبها دواعيه أولى . أجب بأن

(قوله فإن قيل : ذكر مسألة الدواعي) أقول : أي ذكر خلاف الشافعي فيها ، فإن الأولوية في جانبها كما لا يخفى ، ففي عبارته قصور .

تشهى ، قال ابن الفضل : بنت تسع سنين مشتهة من غير تفصيل ، وبنت خمس سنين لها دونها لا بلا تفصيل ، وبنت ثمان أو سبع أو ست إن كانت عيلة كانت مشتهة وإلا فلا . وكذا يشترط في الذكر حتى لو جامع ابن أربع سنين زوجة أبيه لا تثبت به حرمة المصاهرة ، وهذا ما وعدناه من قريب . ولا فرق في ثبوت الحرمة بالمس بين كونه عامداً أو ناسياً أو مكرهاً أو مخطئاً ، حتى لو أيقظ زوجته ليجامعها فوصلت يده إلى بنته منها فقرصها بشهوة وهي ممن تشهى يظن أنها أمها حرمت عليه الأم حرمة مؤبدة ، ولك أن تصوّر لها من جانبها بأن أيقظته هي كذلك فقرصت ابنة من غيرها ، وقوله بشهوة في موضع الحال فيفيد اشتراط الشهوة حال المس ، فلو مس بغير شهوة ثم اشهى عن ذلك المس لا تحرم عليه . وما ذكر في حد الشهوة من أن الصحيح أن تنتشر الآلة أو تزداد انتشاراً اه قول السرخسي وشيخ الإسلام . وكثير من المشايخ لم يشترطوا سوى أن يميل قلبه إليها ويشهى جماعها ، وفرع عليه ما لو انتشر فطلب امرأته فأولج بين فخذي بنتها خطأ لا تحرم عليه الأم ما لم يزد انتشاراً . ثم هذا الحد في حق الشاب أما الشيخ والعين فحدّها تحرك قلبه أو زيادة تحركه إن كان متحرّكاً لا مجرد ميلان النفس فإنه يوجد فيمن لاشهوة له أصلاً كالشيخ الفاني والمراهق كالبالغ ، حتى لو مس وأقر أنه بشهوة تثبت الحرمة عليه . وكان ابن مقاتل لا يفتي بالحرمة على هذين لأنه لا يعتبر إلا تحرك الآلة . ثم وجود الشهوة من أحدهما كاف ولم يحدوا الحد المحرم منها في حق الحرمة وأقله تحرك القلب على وجه يشوش الحاطر . هذا وثبوت الحرمة بمسها مشروط بأن يصدقها أو يقع في أكبر رأيها صدقها . وعلى هذا ينبغي أن يقال في مسها إياها : لا تحرم على أبيه وابنه إلا أن يصادقاه أو يغلب على ظنهما صدقه . ثم رأيت عن أبي يوسف أنه ذكر في الأمالي ما يفيد ذلك ، قال : امرأة قبلت ابن زوجها وقالت كان عن شهوة ، إن كذبها الزوج لا يفرق بينهما ، ولو صدقها وقعت الفرقة ووجب نصف المهر إن كان قبل الدخول ويرجع به الأب على الابن إن تعمد الفساد . ولو وطئها الابن حتى وقعت الفرقة ووجب نصف المهر لا يرجع على الابن لأنه وجب عليه الحد بهذا الوطء فلا يجب المهر ، وتقبل الشهادة على الإقرار بالمس والتقبيل بشهوة . ولو أقر بالتقبيل وأنكر الشهوة ولم يكن انتشار في بيوع الأصل والمنتقى يصدق . وفي مجموع التوازل : لا يصدق لو قبلها على الفم . قال صاحب الخلاصة : وبه كان يفتي الإمام خالي . وقال القاضي الإمام : يصدق في جميع المواضع ، حتى رأيت أفتى في المرأة إذا أخذت ذكر الختن في الخصومة فقالت كان عن غير شهوة أنها تصدق اه . ولا إشكال في هذا ، فإن وقوعه في حالة الخصومة ظاهر في عدم الشهوة ، بخلاف ما إذا قبلها منتشراً فإنه لا يصدق في دعوى عدم الشهوة . والحاصل أنه إذا أقر بالنظر وأنكر للشهوة صدق بلا خلاف ، وفي المباشرة إذا قال بلا شهوة لا يصدق بلا خلاف فيما أعلم ، وفي التقبيل إذا أنكر الشهوة اختلف فيه ، قيل لا يصدق لأنه لا يكون إلا عن شهوة غالباً فلا يقبل إلا أن يظهر خلافه بالانتشار ونحوه ، وقيل يقبل ، وقيل بالتفصيل بين كونه على الرأس والجنب والحد فيصدق أو على الفم فلا ، والأرجح هذا إلا أن الحد يترامى إلحاقه بالفم ،

إنما كانت تكراراً أن لو كانت مصورة في الحرام فقط ، وليس كذلك بل هي في الحلال مثل أن مست أمة مولاهما

(١) (قوله من غيرها) قيد بذلك ليعلم ما إذا كان منها بالأولى اه نهر ، كذا بهامش نسخة العلامة البحر اوى حفظه الله كتبه مصححه .

(٢) (قوله إلا أن يظهر الخ) حق هذا الاستثناء أن يذكر بعد قوله وقيل يقبل كما لا يخفى اه ، كذا بهامش نسخة العلامة البحر اوى

وقال الشافعي رحمه الله : لا تحرم ، وعلى هذا الخلاف مسه امرأة بشهوة ونظره إلى فرجها ونظرها إلى ذكره عن شهوة . له أن المس والنظر ليسا في معنى الدخول . ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والإحرام وجوب الاغتسال فلا يلحقان به . ولنا أن المس والنظر سبب داع إلى الوطء فيقام مقامه في موضع الاحتياط ، ثم المس بشهوة أن تنتشر الآلة أو تزداد انتشارا هو الصحيح ،

ويحمل ما في الجامع في باب قبول ما تقام عليه البينة أن هذا المدعى تزوج أمها أو قبلها أو لمسها بشهوة على أن قوله بشهوة قيد في اللمس والقبلة بناء على إرادة القبلة على القم ونحوه أو في اللمس فقط إن أريد غير القم ونحوه . والحاصل أن الدعوى إذا وافقت الظاهر قبلت وإلا ردت فيراعى الظهور . وفي المحيط : لو كان لرجل جارية فقال وطئها لا تحل لابنه ، وإن كانت في غير ملكه تحل لابنه إن كذبه لأن الظاهر يشهد له (قوله وقال الشافعي : لا تحرم) قيل عليه أن ثبوت خلافه مستفاد من المسئلة السابقة بطريق أولى فلا حاجة إلى نقله مرة أخرى . أوجب بأن المس المتكلم فيه هنا مفروض في الحلال وإن كان لا تفاوت عندنا بين المس الحلال والحرام وثبوت خلافه في المس الحلال لا يوقف عليه بالسابقة . وحيث لا بد من فرض كون المسوس أمته على ما في شرح المجمع حيث قال المراد بالمرأة المنظور إليها : يعني التي فيها خلاف الشافعي الأمة : يعني أمته ، لأنه إما أن يراد المنكوحة أو الأجنبية أو الأمة ، لا سبيل إلى الأول لأن أم المنكوحة حرمت بالعقد وبنتها بالنظر واللمس ، لا أن حرمتها جميعا بالنظر والمس فلا يستقيم في المنكوحة إلا فائدة التحريم في الربية دون الأم ، ولا سبيل إلى الأجنبية لأن الدخول

كذلك ، غير أننا لم نميز بين الحلال والحرام في شمول وجوب الحرمة والشافعي في شمول العدم (له) في الحلال ما ذكر في الكتاب (أن المس والنظر ليسا في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والإحرام وجوب الاغتسال) وكل ما ليس في معنى الدخول لا يلحق بالدخول ، لأن الملحق لا بد وأن يكون في معنى الملحق (ولنا أن المس والنظر سبب داع إلى الوطء) والسبب الداعي إلى الشيء يقام مقامه في موضع الاحتياط ، وهذا لأننا وجدنا لصاحب الشرع مزيد اعتناء في حرمة الأبضاع ؛ ألا ترى أنه أقام شبهة البعضية بسبب الرضاع مقام حقيقتها في إثبات الحرمة دون سائر الأحكام من التوارث ومنع وضع الزكاة ومنع قبول الشهادة فأقمنا السبب الداعي مقام المدعو احتياطاً ، وفساد الصوم والإحرام وجوب الاغتسال ليس من باب حرمة الأبضاع حتى يقوم السبب فيه مقام الوطء . ونوقض بأن ما ذكرتم إن كان صحيحاً قام النظر إلى جمال المرأة مقام الوطء في ثبوت الحرمة لكونه سبباً داعياً إليه . والجواب أن النظر إلى الفرج المحرم هو ما يكون نظراً إلى داخل الفرج بأن كانت متكئة وهو لا يحل إلا في الملك ، والظاهر من ذلك أنها لا تكون على هذه الحالة إلا في خلوة عن الأجانب ، فانظر بعد هذا في أن النظر إلى الجمال في الحلال في الملك وغيره خلاء وملاً هل يكون داعياً إلى الوطء دعوة النظر إليه أولاً ؟ لا أراك قاتلاً بذلك إلا مكذباً . وعرف المس بشهوة بأن تنتشر الآلة : يعني إذا لم تكن منتشرة قبل النظر والمس (أو تزداد انتشاراً) إذا كانت منتشرة قبل ذلك . وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول كثير من المشايخ قال في الذخيرة : وكثير من المشايخ لم يشترطوا الانتشار ، وجعلوا حد الشهوة أن يميل قلبه إليها ويشتهي جماعها ، واختار المصنف قول شمس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام . قال في النهاية : هذا إذا كان شاباً قادراً على الجماع ، فإن كان شيخاً أو عتياً فحد الشهوة أن يتحرك قلبه بالاشتهاء إن لم يكن متحركاً قبل ذلك أو يزداد الاشتاء إن كان متحركاً وهذا إفراط . وكان الفقيه محمد بن مقاتل الرازي لا يعتبر تحرك القلب وإنما يعتبر تحرك الآلة ، وكان

والمعتبر النظر إلى الفرج الداخل ولا يتحقق ذلك إلا عند اتكائها ، ولو مس فأنزّل فقد قيل إنه يوجب الحرمة ، والصحيح أنه لا يوجبها لأنه بالإنزال تبين أنه غير مفض إلى الوطء ، وعلى هذا إتيان المرأة في الدبر

بها لا يوجب حرمة المصاهرة عند الشافعي (قوله والمعتبر النظر إلى الفرج الداخل) وعن أبي يوسف : النظر إلى منابت الشعر محرم ، وقال محمد : أن ينظر إلى الشق . وجه ظاهر الرواية أن هذا حكم يتعلق بالفرج ، والداخل فرج من كل وجه ، والخارج فرج من وجه ، وأن الاحتراز عن النظر إلى الفرج الخارج متعذر فسقط اعتباره اهـ . ولقائل أن يمنع الثاني ويقول في الأول : قد تقدم للمصنف في فصل الغسل من أول الكتاب ما إذا نقل نظيره إلى هنا كان هذا التعليل موجبا للحرمة بالنظر إلى الخارج وهو قوله : ولنا أنه متى وجب الغسل من وجه فلا احتياط في الإيجاب والموضع الذي نحن فيه موضع الاحتياط . وقد يجاب بأن نفس هذا الحكم وهو التحريم بالمس ثبوته بالاحتياط فلا يجب الاحتياط في الاحتياط .

[فروع] النظر من وراء الزجاج إلى الفرج محرم ، بخلاف النظر في المرأة . ولو كانت في الماء فنظر فيه فرأى فرجها فيه ثبتت الحرمة . ولو كانت على الشط فنظر في الماء فرأى فرجها لا يحرم . كأن العلة والله أعلم أن المرئي في المرأة مثاله لا هو . وبهذا عللوا الحنث فيما إذا حلف لا ينظر إلى وجه فلان فنظره في المرأة أو الماء . وعلى هذا فالتحريم به من وراء الزجاج بناء على نفوذ البصر منه فيرى نفس المرئي ، بخلاف المرأة والماء ، وهذا ينفي كون الإبصار من المرأة ومن الماء بواسطة انعكاس الأشعة وإلا لرآه بعينه بل بانطباع مثل الصورة فيهما . بخلاف المرئي في الماء لأن البصر ينفذ فيه إذا كان صافيا فيرى نفس مافيه . وإن كان لا يراه على الوجه الذي هو عليه ، ولهذا كان له الخيار إذا اشترى سمكة رآها في ماء بحيث تؤخذ منه بلا حيلة وتحقيق سبب اختلاف المرئي فيه في فن آخر . ثم شرط الحرمة بالنظر أو المس أن لا ينزل ، فإن أنزل قال الأزوجندي وغيره : تثبت لأن بمجرد المس بشهوة تثبت الحرمة ، والإنزال لا يوجب رفعها بعد الثبوت . والمختار لا تثبت كقول المصنف وشمس الأئمة والبرزدوى بناء على أن الأمر موقوف حال المس إلى ظهور عاقبته إن ظهر أنه لم ينزل حرمت وإلا لا ، والاستدلال واضح في الكتاب إلا أن إقامة السبب إذا نيط بالحكم بالمسبب إنما تكون لحفاء المسبب ، وإلا فهو تعليل بغير المناط لغير حاجة ، والأولى ادعاء كون المناط شرعا نفس الاستمتاع بمحل الولد بالنظر والممس نظرا إلى أن الآثار جاءت بالحرمة في المس ونحوه . وقد روى في الغاية السمعانية حديث أم هانئ عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من نظر إلى فرج امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وابتها » وفي الحديث « ملعون من نظر إلى فرج امرأة وابتها » وعن عمر : أنه جرد جارية ونظر إليها ثم استوهبها منه بعض بنيه فقال : أما إنها لا تحل لك . وهذا إن تم كان دليل أبي يوسف في كون النظر إلى منابت الشعر كافيا . وعن ابن عمر قال : إذا جامع الرجل المرأة أو قبلها أو لمسها

لا يفتى بشبوت الحرمة في الشيخ الكبير والعين الذي ماتت شهوته حتى لم يتحرك عضوه باللامسة وهو أقرب إلى الفقه . وقوله (والمعتبر النظر) ظاهر (ولو مس فأنزّل فقد قيل يوجب الحرمة) وبه كان يفتى شيخ الإسلام الأزوجندي . ووجهه أن مجرد المس بشهوة يثبت الحرمة ، فهذه الزيادة إن كانت لا توجب زيادة الحرمة لا توجب خلافها . والذي اختاره المصنف في الكتاب هو اختيار شمس الأئمة السرخسي والإمام فخر الإسلام . وقد نص محمد في باب إتيان المرأة في غير أمتائها من الزيادات أن الجماع في الدبر لا يثبت حرمة المصاهرة ، وكذا النظر إلى موضع الجماع من الدبر بشهوة (وهذا أصح لما تبين أنه) أي المس (بالإنزال غير مفض إلى الوطء) والمس

(وإذا طلق امرأة طلاقاً بائناً أوجعياً لم يجر له أن يتزوج بأختها حتى تنقضي عدتها) وقال الشافعي رحمه الله : إن كانت العدة عن طلاق بائن أو ثلاث يجوز لانقطاع النكاح بالكلية إعمالاً للقاطع ، ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد . ولنا أن نكاح الأولى قائم لبقاء بعض أحكامه كالنفقة والمنع والفراس والقاطع تأخر عمله

بشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة حرمت على أبيه وابنه وحرمت عليه أمها وابنتها . وعن مسروق أنه قال : يبعوا جاريتي هذه ، أما إنني لم أصب منها إلا ما يجرمها على ولدي من المس والقبلة (قوله لم يجر له أن يتزوج بأختها حتى تنقضي عدتها) وفي الميسوط : لا تتزوج المرأة في عدة أختها من نكاح فاسد أو جائز عن طلاق بائن (وقال الشافعي : إن كانت العدة عن طلاق بائن جاز) وعلى هذا الخلاف تزوج أربع سوى المعتدة عن بائن ، وبقوله قال مالك ، وبقولنا قال أحمد وهو قول علي وابن مسعود وابن عباس ، ذكره سليمان بن يسار عنهم ، وبه قال سعيد بن المسيب وعبيدة السلماني ومجاهد والثوري والنخعي ، وروى مذهبه عن زيد بن ثابت إلا أن أبا يوسف ذكر في الأمالي رجوع زيد عن هذا القول ، وكذا ذكره الطحاوي . حكى أن مروان شاوور الصحابة في هذا فاتفقوا على التفريق بينهما ، وخالفهم زيد ثم رجع إلى قولهم . وقال عبيدة : ما اجتمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على شيء كاجتماعهم على تحريم نكاح الأخت في عدة الأخت والمحافظة على أربع قبل الظهر . ثم إن محل النزاع يتجاذبه أصلان : الطلاق الرجعي ، وما بعد انقضاء العدة ، فقام البائن على الثاني يجمع انقطاع النكاح إعمالاً للقاطع وهو الطلاق البائن . ويدل على انقطاعه أنه لو وطئها عالماً بالحرمة حد . وقسنا على الأول يجمع قيام النكاح بناء على منع انقطاعه بالكلية ، وهذا لأنه ليس معنى قولنا النكاح قائم حال قيام العصمة والزوجة فضلاً عن حالة وقوع الطلاق الرجعي إلا قيام أحكامه ، لأن لفظ تزوجت وزوجت تلاشي بمجرد انقضائه ، فقيامه بعده ليس إلا قيام حكمه الراجع إلى الاختصاص استمتاعاً وإمساكاً ، وقد بقي الإمساك والفراس في حق ثبوت النسب حال قيام عدة البائن فيبقي النكاح من وجه ، وإذا كان قائماً من وجه حرم تزوج أختها وأربع سواها من وجه فتحرم مطلقاً إلحاقاً بالرجعي أو بما لا يخص من الأصول التي اجتمع فيها جهتا تحريم وإباحة مع وجوب الاحتياط في أمر الفروج . ويخص تزوج الأخت في عدة الأخت دلالة النص المانع من الجمع بين الأختين ، فإنه علل فيه بالقطعية وهي هنا أظهر وألزم ، فإن مواصلة أختها في حال حبسها بلا استمتاع أغبط لها من مواصلة مشاركتها في المتعة . والفرع المستدل به على الانقطاع بالكلية ممنوع ، فإن الحد لا يجب على إشارة كتاب الطلاق حيث قال فيه : معتدة عن طلاق ثلاث جاءت بولد لأكثر من سنتين من يوم طلقها زوجها لم يكن الولد

المقضى إليه هو المحرم . ومعنى قولهم المس بشهوة لا يوجب الحرمة بالإنزال : هو أن الحرمة عند ابتداء المس بشهوة كان حكمها موقوفاً إلى أن تبين بالإنزال ، فإن أنزل لم تثبت وإلا ثبتت ، لا أن يكون معناه أن حرمة المصاهرة تثبت بالمس ، ثم بالإنزال سقط ما ثبت من الحرمة لأن موجب المصاهرة إذا ثبت لا يسقط أبداً . قال (وإذا طلق امرأته طلاقاً بائناً أوجعياً لم يجر له أن يتزوج بأختها حتى تنقضي عدتها) وقال الشافعي : إن كانت العدة عن طلاق بائن (كالطلاق على مال) أو ثلاث جاز لانقطاع النكاح بالكلية (لأن القاطع وهو الطلاق موجود على الكمال إذ ليس فيه شائبة الرجوع فلا بد من إعماله ، وإعمال القاطع الكامل يقتضي القطع بالكلية ليثبت الحكم بقدر دليله) ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة وجب الحد . ولنا (أنا لانسلم انقطاع النكاح بالكلية ، فإن (النكاح الأول قائم لبقاء بعض أحكامه كالنفقة والمنع) عن الخروج (والفراس) وهو صيرورة المرأة بحال لو جاءت بولد

ولهذا بقى القيد ، والحد لا يجب على إشارة كتاب الطلاق ، وعلى عبارة كتاب الحدود يجب لأن الملك قد زال في حق الملك فيتحقق الزنا ولم يرتفع في حق ما ذكرنا فيصير جامعا

للزوج إذا أنكره . ففيه دليل على أنه لو ادعى نسبه ثبت ، ويستلزم أن الوطء في عدة الثلاث ليس زنا مستقبلا لوجوب الحد وإلا لم يثبت نسبه ، فكان ذلك رواية في عدم الحد ، وإن سلم كما في عبارة كتاب الحدود فغاية ما يفيد انقطاع الحل بالكلية وقد قلنا به على ما سبستمعه . وإنما قلنا : إن أثر النكاح قائم من وجه وبه يقوم هو من وجه ١ وبه تحرم الأخت من وجه وبه تحرم مطلقا . وفي المجتبى لجواز نكاح الأخت في عدة الأخت يؤدي إلى جمع مائه في رحم أختين لجواز العلوق بعد النكاح ، ويثبت في المعتدة النسب إلى سنتين وهو ممنوع بالحديث اهـ . يعنى قوله صلى الله عليه وسلم « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم أختين » ومثله لو علقت المطلقة قبل الطلاق ثم دخل بأختها بعده يلزم ما ذكر أيضا .

[فروع : الأول] إذا أخبر المطلق عن المطلقة أنها أخبرته أن عدتها انقضت فلما تحتمله المدة أولا ، لا يصح نكاحه أختها في الثاني لأنه لا يقبل قولها ولا قوله إلا أن يفسر بما هو محتمل من إسقاط سقط مستين الخلق . وفي الأول يصح نكاحه أختها سواء سكنت المخبر عنها أو صدقته أو كذبت أو كانت غائبة . وقال زفر : إذا كذبت لا يصح نكاحه أختها لأنها أمانة وقد قبل تكذيبها حتى استمرت نفقتها وثبت نسب ولدها إذا أتت به . ومن ضرورة ثبوت النسب والنفقة القول بقيام العدة وهو يستلزم بطلان النكاح ، ولنا أنه أخبر عن أمر ديني بينه وبين الله تعالى وهو محتمل فيجب قبوله في الحال وتكذيبها لا ينفع إلا في حقها قلنا ببقاء النفقة ، بخلاف نكاح الأخت لاحق لها فيه فلا تقبل فيه ، ولا يستلزم الحكم بالنفقة الحكم شرعا بقيام العدة والفراش كالأختين المملوكتين ، بخلاف ما إذا ولدت فإن من ضرورة القضاء بنسبه الحكم بإسناد العلوق فيثبته بكذبه ، ثم قال في الأصل هنا إن مات لم ترثه وكان الميراث للأخرى . وذكر في كتاب الطلاق أن الميراث للأولى دون الأخرى ، ولكن وضع المسألة فيما إذا كان مريضا حين قال أخبرتنى أن عدتها انقضت وكذبت ، وإنما يتحقق اختلاف الروايات في حكم الميراث إذا كان الطلاق رجعا ، فأما البائن وهو في الصحة فلا ميراث للأولى وإن لم ينجر الزوج بها . وفي كتاب الطلاق لما وضع المسألة في المريض وكان قد تعلق حقها بماله لم يقبل قوله في إبطال حقها كما في نفقتها وهنا وضعها في الصحيح ولا حق لها في ماله فكان قوله مقبولا في إبطال إرثها . توضيحه أن بقوله ذلك أخبر أن الواقع .

ثبت نسبه منه فإن هذه كذلك مادامت في العدة لانزاع في بقاء هذه الأحكام سوى النفقة ولا في كونها مرتبة على النكاح ، فلو لم يكن النكاح قائما حال العدة تخلف الحكم عن علته وهو باطل ، وإذا كان النكاح قائما كان عمل القاطع متأخرا كما في الطلاق الرجعي ولهذا بقى القيد ، فلو جاز نكاح الأخت في العدة لزم الجمع بين الأختين وهو حرام . وقوله (والحد لا يجب) جواب عن قوله ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمه وجب الحد . ووجهه أنا لا تسلمه جوبه على إشارة كتاب الطلاق . قال : معتدة عن طلاق ثلاث جاءت بولد لأكثر من سنتين من يوم طلقها زوجها لم يكن الولد للزوج إذا أنكره ، ففي قوله لا يثبت نسبه منه إذا أنكره دليل على أنه لو ادعى ثبت نسبه منه

(قوله كان في الطلاق الرجعي ولهذا بقى القيد) أقول : حتى لا يجوز لها أن تزوج بغيره .

(١) قوله (وبه يقوم هو من وجه) سقطت هذه الجملة من بعض النسخ ولتحرر كتبه مصححه .

(ولا يتزوج المولى أمته ولا المرأة عبدها) لأن النكاح ماضع إلا مشرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين ،

يعنى الطلاق صابرا بآثا ، فكأنه أبانها في صحته فلا ميراث لها ، ولو أبانها في مرضه كان لها الميراث . وقيل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف لأن عندهما يجوز جعل الرجعى باثنا خلافاً لـ محمد ، ومتى كان الميراث للأولى فلا ميراث للثانية . الثاني : لو أعتق أم ولده لم يحل له تزوج أختها حتى تنقضى عدتها ويحل أربع سواها عنده ، وعندهما تحل الأخت أيضا قياسا على تزوج الأربع ، ولأن حقيقة الملك لم تمنع فكيف بالعدة وإنما هي أثره ، وأبو حنيفة يفرق بضعف الفرائض قبل العتق وقوته بعده ، ألا ترى أنه كان يتمكن من تزوجها قبله لا بعده حتى تنقضى ، فلو تزوج أختها بعد العتق كان مستلحقا نسب ولدى أختين في زمان واحد وهو لا يجوز وهذا مفقود في الأربع سواها ، إذ غايته أنه جمع بين فرش الخمس ولا بأس به . الثالث : لزوج المرتدة إذا لحقت بدار الحرب تزوج أختها قبل انقضاء عدتها كما إذا ماتت لأنه لعدة عليها من المسلم للتباين ، فإن عادت مسلمة فيما بعد تزوج الأخت أو قبله ؛ ففي الأول لا يفسد نكاح الأخت لعدم عود العدة ، وعند أبي يوسف تعود العدة ، وفي إبطال نكاح أختها عنه روايتان ، وفي الثاني كذلك عند أبي حنيفة لأن العدة بعد سقوطها لا تعود بلا سبب جديد ، وعندهما ليس له تزوج الأخت وعودها مسلمة يصير شرعا لحاقها كالغنية ، ألا ترى أنه يعاد إليها ما لها فتعود معتدة (قوله ولا يتزوج المولى أمته) ولو ملك بعضها (ولا المرأة عبدها) وإن لم تملك سوى سهم واحد منه . وقد حكى في شرح الكنز الإجماع على بطلانه ، وحكى غيره فيه خلاف الظاهرية (قوله لأن النكاح ماضع إلا مشرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين) أى في الملك منها ما تختص هي بملكه كالتفقه والسكنى والقذف والمنع من العزل إلا بإذنها ، ومنها ما يختص هو بملكه كوجوب التمكين والقرار في المنزل والتحصن

ففيه إشارة إلى أن الوطء في العدة من طلاق ثلاث لا يكون زنا ، إذ لو كان زنا لما ثبت به النسب وإن ادعى . ولئن سلمنا ذلك بناء على ما يدل عليه عبارة كتاب الحدود وهي ما قال : إن من طلق امرأته ثلاثا ثم وطئها في العدة يجب عليه الحد إذا لم يدع الشبهة فذاك باعتبار أن الملك في حق الحل قد زال فيتحقق الزنا لوقوع الوطء في غير الملك ، ولم يزل في حق ما ذكرنا من النفقة والمنع والفرائض لأننا قد اتفقنا على بقاء المنع من الخروج والفرائض ، ولم يكن ذلك إلا باعتبار الحكم بقيام النكاح فقلنا بقيامه في حق الزوج بالأخت احتياطا في التفادي عن الجمع بين الأختين . قال (ولا يتزوج المولى أمته ولا المرأة عبدها) خلافاً لنفاة القياس ، استدلووا بقوله تعالى - فانكحوا ما طاب لكم من النساء - وقوله تعالى - فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات - (ولنا أن النكاح ماضع إلا مشرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين) يعنى أنه كما يجب للزوج على الزوجة حق يقتضى مالكية الزوج عليها كطلب تمكينها من وطئها ودواعيه شرعا والمنع عن الخروج والبروز والتحصين ، فكذلك يجب لها عليه حق يقتضى مالكيته عليها كطلب النفقة والكسوة جبرا والسكنى والقسم والمنع من العزل والقيام بمصالحها الرجعة إلى الزوجية ، فكان النكاح مشروعا لإيجاب هذه الثمرات المشتركة بينهما ، فكان كل واحد منهما مالكا ومملوكا ، وبينهما منافاة لأن

(قال المصنف : ولا يتزوج المولى أمته ولا المرأة عبدها) أقول : قال السروجي في شرحه : لأن مقتضى الزوجية قيام الرجل على المرأة بالحفظ والصون والتأديب لإصلاح الأخلاق ، قال الله تعالى - الرجال قوامون على النساء - والاسترقاق يقتضى قهر السادات للعبد بالاستيلاء والاستهانة فيتعذر أن تكون زوجة لعبدها وسيدة لتنانى البابين اهـ . ونحن نقول : ما ذكره بالحقيقة تفصيل ما أبهله المصنف (قوله استدلووا بقوله تعالى - إلى قوله - وقوله تعالى) أقول : الآية الأولى والثانية في سورة النساء (قوله لإيجاب هذه الثمرات المشتركة بينهما ، إلى قوله : وبينهما منافاة) أقول : لا يخفى عليك ما في تقريره من الخلل حيث يلزم منه أن لا يشر النكاح ثمرات مشتركة بينهما لاستلزامه الجمع بين

والمملوكية تنافي المالكية فيمتنع وقوع الثمرة على الشركة (ويجوز تزويج الكتابيات) لقوله تعالى - والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب - أى العفاف ،

عن غيره ، ومنها ما يكون الملك في كل منهما مشتركا كالاستمتاع بمجاعة ومباشرة والولد في حق الإضافة (والمملوكية تنافي المالكية) فقد نافى لازم عقد النكاح ومنافى للزوم منافى للملزم . ولا وجه إذا تأملت بعد هذا التقرير للسؤال القائل يجوز كونها مملوكة من وجه الرق مالكة من جهة النكاح لأن الفرض أن لازم النكاح ملك كل واحد لما ذكرنا من تلك الأمور على الخلوص والرق يمنعه من غير النفقة فنافاه . ولو اشترت زوجها أو شيئا منه فسد النكاح ويسقط المهر ، كما لو دأب عبدا ثم اشتراه سقط الدين لأنه لا يثبت للمولى على عبده دين (قوله ويجوز تزويج الكتابيات) والأولى أن لا يفعل ولا يأكل ذبيحتهم إلا للضرورة . وتكره الكتابية الحربية إجماعا لا بفتح

المالكية تقتضى القاهرية والمملوكية تقتضى القهورية ولا خفاء في التنافي بينهما . واعترض بأنهما من جهتين مختلفتين ، ولا تنافي حيثئذ . وأجيب بمنع اختلاف الجهة بأن كون المرأة مالكة لجميع أجزائها إنما هو بالنسبة إلى العبد ، وكونها مملوكة أيضا إنما هو بالنسبة إلى العبد فلم تختلف الجهة . ولقائل أن يقول : المرأة بجميع أجزائها مالكة للعبد بجميع أجزائه وليست بمالكة لمنافع بضعه . فجاز أن يملك العبد بالنكاح على سيده منافع بضعها لأن النكاح عقد على ملك منافع البضع وهو لم يكن من حيث منافع بضعه مملوكا ، ولا المولاة من حيث منافع بضعها مالكة بل من حيث أجزائها فاختلفت الجهة وانتهى التنافي . والجواب أنا لا نسلم أنها لا تملك منافع بضعه فإنها تقدر على إتلافه بالإخصاء والحب من غير ضمان يلحقها ، فكان العبد مملوكا من حيث فرضته مالكا فاتحدت الجهة وتحقق التنافي . وأما الجواب عما استدلل به نفاة القياس من الآية فبأنها يعارضها قوله تعالى - وأنكحوا الأيما منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم - خاطب الله تعالى المولى بإنكاح الإماء لا بنكاحهن . فإن قيل : الآية ساكتة عن بيان نكاحهن والساكتة ليس بحجة . فالجواب أن الموضع موضع بيان ما يحتج به إليه من أمر النكاح ، والسكوت عن البيان في موضع الحاجة إلى البيان بيان (ويجوز تزويج الكتابيات لقوله تعالى - والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب) قال المصنف (أى العفاف) فسر بذلك احترازا عن قول ابن عمر فإنه فسرهما بالمسلمات ، وليست

المتنافين ، والأولى أن يقول : فلو صح نكاح السيد أمته والسيدة عبدا لكان المملوك المحض لشخص مالكا له ، وبينهما منافاة فليتأمل . فإن قلت : بم يتخلص في النكاح عن هذا ؟ قلنا : باختلاف الجهتين ، فإنه ظاهر فيه ، ولا يمكن أن يرتكب ذلك في العبد وسيدته لأن العبد مقهور محض لها للرق فلا يمكن أن يكون قاهرا فليتأمل (قوله واعترض بأنهما من جهتين مختلفتين) أقول : لأن كونها مالكة بجهة ملك العبد وكونها مملوكة بجهة ملك المتعة (قوله والجواب أنا لا نسلم أنها لا تملك منافع بضعه الخ) أقول : فيه بحث ، فإنها لو كانت مالكة لمنافع بضعه لجاز لها أن تمكن نفسها من عبدها حتى يطأها ، والتلف فيما ذكره هو الجزء نفسه لا المنافع ، وكم من شيء يثبت ضمنا وتبعا ولا يثبت استقلالاً وأصالة ، على أن ذلك ليس بصحيح أيضا ، فإنه تقرر في الأصول أن الرقيق ليس بمملوك في حكم الحياة والدم بل بمنزلة المبيع على أصل الحرية ولهذا يصح منه الإقرار بالحد والقصاص والسرقة المسهولة . قال في التلويح : لأن الحياة والدم حقه لا احتياجه إليهما في البقاء ولهذا لا يملك المولى إتلافهما اهـ (قوله فبأنها يعارضها قوله تعالى - وأنكحوا - الخ) أقول : هذه الآية في سورة النور (قوله فإن قيل : الآية ساكتة عن بيان نكاحهن الخ) أقول : غير المنطوق لا يعارض المنطوق على ما فصل في موضعه ولهذا بعد تعليل ما ذكره ، وذلك أيضا فيه ما فيه (قال المصنف : ويجوز تزويج الكتابيات) أقول : أى تزويجها ، أو المراد تزويجها من نفسه (قال المصنف : لقوله تعالى - والمحصنات - الآية) أقول : هذه الآية في سورة المائدة .

ولا فرق بين الكتابية الحرة والأمة على مانين من بعد إن شاء الله تعالى

باب الفتنة من إمكان التعلق المستدعى للمقام معها في دار الحرب ، وتعريض الولد على التخلق بأخلاق أهل الكفر وعلى الرق بأن تسبي وهي حبل فيولد رقيقا وإن كان مسلما . والكتابي من يؤمن بنبي ويقر بكتاب . والسامرية من اليهود . أما من آمن بزبور داود وصحف إبراهيم وشيث فهم أهل كتاب تحمل مناكحتهم عندنا . ثم قال في المستصنى : قالوا هذا يعني الحل إذا لم يعتقدوا المسيح إلها ، أما إذا اعتقدوه فلا . وفي مبسوط شيخ الإسلام : ويجب أن لا يأكلوا ذبائح هل الكتاب إذا اعتقدوا أن المسيح إله وأن عزيزا إله . ولا يتزوجوا نساءهم . وقيل عليه الفتوى ، ولكن بالنظر إلى الدلائل ينبغي أن يجوز الأكل والزواج اه وهو موافق لما في رضاع مبسوط شمس الأئمة في الذبيحة قال : ذبيحة النصراني حلال مطلقا سواء قال بثالث ثلاثة أولا وموافق لإطلاق الكتاب هنا . والدليل وهو قوله تعالى - والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم - فسره بالعفاف احترازا عن تفسير ابن عمر بالمسلمات ، ولذلك امتنع ابن عمر رضي الله عنه من تزوج الكتابية مطلقا لاندراجها في المشركة ، قال تعالى - وقالت اليهود عزيز ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله - إلى أن قال - سبحانه عما يشركون - قلنا : وقد قيل إن القائل بذلك طائفتان من اليهود والنصارى انقضوا لاكلهم ويهود ديارنا يصرحون بالتزويج عن ذلك والتوحيد . وأما النصارى فلم أر إلا من يصرح بالإبنية قبحهم الله ، لكن هذا يوجب نصرة المذهب المفضل في أهل الكتاب ، فأما من أطلق حلهم فيقول مطلق لفظ المشرك إذا ذكر في لسان الشارع فلا يتصرف إلى أهل الكتاب وإن صح لغة في طائفة بل وطوائف ، وأطلق لفظ الفعل : أعني يشركون على فعلهم ، كما أن من راعى بعمله من المسلمين فلم يعمل إلا لأجل زيد يصح في حقه أنه مشرك لغة ، ولا يتبادر عند إطلاق الشارع لفظ المشرك إرادته لما عهد من إرادته به من عبد مع الله غيره ممن لا يدعى اتباع نبي ولا كتاب ولذلك عطفهم عليه في قوله تعالى - لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين منفكين - ونصص على حلهم بقوله تعالى - والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم - أي العفاف منهن . وتفسير المحصنات بالمسلمات يفيد أن المعنى ، أحل لكم المسلمات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ، فإن كن قد انقضضن فلا فائدة ، إذ لا يتصور الخطاب بجل الأموات للمخاطبين الأحياء ، وإن كن أحياء ودخلن في دين سيدنا ونبينا محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم فالحل حينئذ معلوم من حكم المسلمات المعلوم بالضرورة من الدين ، بل ويدخل في المحصنات المعطوف عليه وهو قوله تعالى - والمحصنات من المؤمنات - ثم يصير المعنى فيه والمسلمات من المؤمنات وهو بعيد في عرف استعمالهم بخلاف تفسيره بالعفاف . ثم المراد من ذكره حث الإنسان على التخير لتطفته ؛ ألا ترى أن العفة ليست شرطا في المؤمنات اتفاقا وإن لم يدخلن فهو عين الدليل حيث أبيح نكاح الكتابيات الباقيات على ملتهن ، ولو سلم فهي منسوخة ، أعني - ولا تنكحوا المشركات - نسخت في حق أهل الكتاب المثلثين وغيرهم بآية المائدة وبقي من مواهم تحت المنع ، ذكره جماعة من أهل التفسير لأن سورة المائدة كلها لم ينسخ منها شيء قط ، على أن تفسير المحصنات

العفة شرطا للجواز النكاح وإنما ذكرها بناء على العادة بدلالة الغرض . ووجه الاستدلال أن الله تعالى قال - اليوم أحل لكم الطيبات ، وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم ، والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم - أي وأحل لكم المحصنات ، والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب فلا خفاء في دلالة على الحل (ولا فرق بين الكتابية الحرة والأمة على مانين من بعد) يعني بعد أسطر حيث قال : ويجوز تزويج

(ولا يجوز تزويج المجوسيات لقوله صلى الله عليه وسلم « سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم

المسلمات ليس من اللغة بل هو تفسير لإرادة لالغة . ويدل على الحل تزوج بعض الصحابة منهم وخطبة بعضهم ، فمن المتزوجين حذيفة وطلحة وكعب بن مالك وغضب عمر فقالوا نطلق يا أمير المؤمنين ، وإنما كان غضبه لخلطة الكافرة بالمؤمن وخوف الفتنة على الولد لأنه في صغره ألزم لأمه ، ومثله قول مالك تصير تشرب الخمر وهو يقبل ويضاجع لا لعدم الحل ؛ ألا ترى إلى قولهم نطلق يا أمير المؤمنين ولم ينكر عليهم ذلك هو ولا غيره ، ولو لم يصح لم يتصور طلاق حقيقة ولا وقف إلى زمنه . وخطب المغيرة بن شعبه هنداً بنت النعمان بن المنذر وكانت تنصرت وديرها باق إلى اليوم بظاهر الكوفة وكانت قد عميت فأبّت وقالت : أى رغبة لشيخ أعور في عجز عيما ؟ ولكن أردت أن تفتخر بنكاحي فتقول تزوجت بنت النعمان بن المنذر ، فقال : صدقت ، وأنشأ يقول :

أدركت مامنيت نفسى خاليا لله درك يا ابنة النعمان

فلقد رددت على المغيرة ذهنه إن الملوك ذكية الأذهان

وكانت بعد ذلك تدخل عليه فيكرمها ويسألها عن حالها ، فقالت في أبيات :

فيينا نسوس الناس والأمرأمرنا إذا نحن فيهم سوقة نتنصف

فأفّ لدينا لا يدوم نعيمها تقلب تارات بنا وتصرّف

قولها نتنصف : أى نستخدم ، والمنصف الخادم ، فإذا كان الأمر على ما قررناه فلا جرم أن ذهب عامة المفسرين إلى تفسير المحصنات بالعفاف ، ثم ليست العفة شرطاً بل هو للعادة أو لندب أن لا يتزوجوا غيرهن كما أشرنا إليه آنفاً . والأئمة الأربعة على حل الكتابية الحرة ، وأما الأئمة الكتابية فكذلك عندنا وسيأتى الخلاف فيها (قوله ولا يجوز تزويج المجوسيات) عليه الأربعة ، ونقل الجواز عن داود وأبي ثور ، ونقله إسحاق في تفسيره عن علي رضي الله عنه بناء على أنهم من أهل الكتاب فواقع ملكهم أخته ولم ينكروا عليه فأسرى بكتابهم فنسوه ، وليس هذا الكلام بشيء ، لأننا نغنى بالمجوس عبدة النار ، فكونهم كان لهم كتاب أولاً لا أثر له . فإن الحاصل أنهم الآن داخلون في المشركين وبهذا يستغنى عن منع كونهم من أهل الكتاب بأنه يخالف قوله تعالى - إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا - من غير تعقيب بإنكار ، وعدّهم المجوس يقتضى أنهم ثلاث طوائف ، وبقتدير التسليم فبالرفع والنسيان أخرجوا عن كونهم أهل كتاب يدل على إخراجهم الحديث المذكور وهو ما أخرجه عبد الرزاق وابن أبي شيبة عن قيس بن مسلم عن الحسن بن محمد بن علي « أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب إلى مجوس هجر يعرض عليهم الإسلام ، فمن أسلم قبل منه ومن لم يسلم ضربت عليه الجزية غير ناكحي نسائهم ولا آكل ذبائحهم » . قال ابن القطان : هو مرسل ، ومع إرساله فيه قيس بن مسلم وهو ابن الربيع وقد اختلف فيه وهو ممن ساء حفظه بالقضاء . ورواه ابن سعد في الطبقات من طريق ليس فيها قيس عن عبد الله بن عمرو بن العاص « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى مجوس هجر الحديث ، إلى أن قال « بأن لا تنكح نسائهم ولا

الأئمة . (ولا يجوز تزويج المجوسيات لقوله عليه الصلاة والسلام « سنوا بهم سنة أهل الكتاب ») أى اسلكوا بهم طريقهم : يعنى عاملوهم معاملة هؤلاء في إعطاء الأمان بأخذ الجزية منهم ، رواه عبد الرحمن بن عوف رضي

- ٢٣٩ -

ولا آكل ذبائحهم » قال (ولا الوثنيات) لقوله تعالى - ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنن* -

تؤكل ذبائحهم . وفي سنده الواقدي . وروى مالك في موطنه عن جعفر بن محمد عن أبيه أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ذكر المجوس فقال : بما أدرى ما أصنع في أمرهم ، فقال عبد الرحمن بن عوف : أشهد لسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » هـ . وسيأتي باقي ما فيه من الكلام في باب الجزية إن شاء الله تعالى (قوله ولا الوثنيات) وهو بالإجماع والنص . ويدخل في عبدة الأوثان عبدة الشمس والنجوم والصور التي استحسوها والمعطلة والزنادقة والباطنية والإباحية . وفي شرح الوجيز : وكل مذهب يكفر به معتقده لأن اسم المشرك يتناولهم جميعا . وقال الرستغني : لا تجوز المناكحة بين أهل السنة والاعتزال والفضل ولا من قال أنا مؤمن إن شاء الله لأنه كافر ، ومقتضاه منع مناكحة الشافعية ، واختلف فيها هكذا ، قيل يجوز ، وقيل يتزوج بنهم ولا يزوجه بنته . ولا يخفى أن من قال أنا مؤمن إن شاء الله تعالى فإنما يريد إيمان الموافاة صرحوا به : يعنون الذي يقبض عليه العبد لأنه إخبار عن نفسه بفعل في المستقبل أو استصحابه إليه فيتعلق به قوله تعالى - ولا تقولن لشيء إني فاعل ذلك غدا إلا أن يشاء الله - وعلى هذا فيكون قوله إن شاء الله شرطا لا كما يقال إنه لمجرد التبرك ، وكيف كان لا يقتضي ذلك كفره غير أنه عندنا خلاف الأولى ، لأن تعويد النفس بالجزم في مثله ليصير ملكة خير من إدخال أداة التردد في أنه هل يكون مؤمنا عند الموافاة أولا . وأما المعتزلة فتقتضي الوجه حل مناكحتهم لأن الحق عدم تكفير أهل القبلة وإن وقع إلزاما في المباحث ، بخلاف من خالف القواطع المعلومة بالضرورة من الدين مثل القائل بقدم العالم ونفي العلم بالجزئيات على ما صرح به المحققون ، وأقول : وكذا القول بالإيجاب بالذات ونفي الاختيار .

الله عنه (ولا) يجوز تزويج (الوثنيات لقوله تعالى - ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنن* -) وهو بعمومه يتناول الوثنية وهي من تعبد الصنم وغيرها . واعترض بأن أهل الكتاب مشركون ، قال الله تعالى - وقالت اليهود عزير ابن الله ، وقالت النصارى المسيح ابن الله - إلى قوله - سبحانه عما يشركون - وقد ذكر في التيسير والكشاف أن اسم أهل الشرك يقع على أهل الكتاب فيكونون داخلين تحت المشركين وذلك يقتضي عدم جواز نكاح الكنائيات ، وقد بين المصنف جوازه مستدلا بقوله تعالى - والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب - والجواب أن الله تعالى عطف المشركين على أهل الكتاب في قوله تعالى - ولتسمعن من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ومن الذين أشركوا أذى كثيرا - وفي قوله - لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين - والمعطوف غير المعطوف عليه لا محالة . وقوله - عما يشركون - استعارة تصريحية تبعية ، وذلك لأنه شبه اتخذهم الأخبار والرهبان أربابا بإشراك المشركين ،

(قال المصنف : لقوله تعالى - ولا تنكحوا المشركات - الآية) أقول : هذه الآية في سورة البقرة في الحزب الثالث من الجزء الثاني (قوله واعترض بأن أهل الكتاب مشركون ، إلى قوله : والجواب) أقول : وأجاب في الكشاف بأن آية البقرة منسوخة بقوله تعالى - والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم - وسورة المائدة كلها ثابتة لم ينسخ منها شيء قط (قوله قال الله تعالى وقالت اليهود عزير ابن الله - الآية) أقول : هذه الآية في سورة التوبة . (قوله والجواب أن الله تعالى عطف المشركين على أهل الكتاب الخ) أقول : إنما يصار إلى اوتكاك المجاز في الآية لو كانت دلالة العطف على المغايرة أقوى من دلالتها على الاتحاد ، مع أن قوله تعالى - إن الله لا يفتقر أن يشرك به ويفتر ما دون ذلك -

(١) (قوله والفضل) هو معطوف على الرستغني كما هو ظاهر ، كذا بخط العلامة البحر اوى .

(ويجوز تزويج الصابئات إن كانوا يؤمنون بدين نبيّ ويقرّون بكتاب) لأنهم من أهل الكتاب (وإن كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم تجز مناكحتهم) لأنهم مشركون ، والخلاف المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبهم ، فكل أجاب على ما وقع عنده ، وعلى هذا حل ذبيحتهم . قال (ويجوز للمحرم والحرة أن يتزوجا في حالة الإحرام) وقال الشافعي رحمه الله : لا يجوز ، وتزويج الولي المحرم وليته على هذا الخلاف .

[فرع] يجوز المناكحة بين اليهود والنصارى والمجوس بمعنى تزويج اليهودى نصرانية أو مجوسية والمجوسى يهودية أو نصرانية لأنهم أهل ملة واحدة من حيث الكفر وإن اختلفت نحلهم ، فتجوز مناكحة بعضهم بعضا كأهل المذاهب من المسلمين . وأجاز سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس وعمر بن دينار وطء المشتركة والمجوسية بملك اليمين لورود الإطلاق في سبأيا العرب كأوطاس وغيرها وهنّ مشركات ، والمذهب عندنا وعند عامة أهل العلم منع ذلك لقوله تعالى - ولا تنكحوا المشركات - فيما أن يراد الوطء أو كل منه ومن العقد بناء على أنه مشترك في سبأ النبی أو خاص في الضم وهو ظاهر في الأمرين ، ويمكن كون سبأيا أوطاس أسلمن (قوله ويجوز تزويج الصابئات إن كانوا يؤمنون بدين نبيّ ويقرّون بكتاب) وإن عظموا الكواكب كتعظيم المسلم الكعبة ، بهذا فسرهم أبو حنيفة فبنى عليه الحل ، وفسراهم بعبدة الكواكب فبنوا عليه الحرمة ، وقيل فيهم الطائفتان ، وقيل فيهم غير ذلك ، فلو اتفق على تفسيرهم اتفق على الحكم فيهم (قوله للمحرم والحرة أن يتزوجا حالة الإحرام) وفيه خلاف الثلاثة (وتزويج الولي المحرم مولاته على هذا الخلاف) تمسكوا بقوله صلى الله عليه وسلم

ومرئى ذلك إلى الفعلين ثم ترك المشبه وذكر المشبه به كما عرف في علم البيان . فإن قيل : اتخذهم ذلك أربابا عين الشرك لا مشبه به . قلت : فيه الاستعارة التصريحية ، فإنهم لم يجعلوهم أربابا حقيقة وإنما كانوا يعظمونها تعظيم الأرباب . فإن قلت : فما تقول في تأويل ابن عمر لقوله تعالى - والمحصنات من المؤمنات - باللاقى أسلمن من أهل الكتاب ؟ قلت : لسنا نأخذ به لعرائه إذ ذاك عن الفائدة ، فإن غير الكتابية أيضا إذا أسلمت حل نكاحها ، وقد جاء عن حذيفة أنه تزويج يهودية ، وكذا عن كعب بن مالك . قال (ويجوز تزويج الصابئات إن كانوا يؤمنون بدين نبيّ) الصابئات ، من صبا : إذا خرج من الدين ، وهم قوم عدلوا عن دين اليهودية والنصرانية وعبدوا الكواكب . وذكر في الصحاح أنهم جنس من أهل الكتاب ، والتفصيل المذكور في حكيم مبنى على هذين التفسيرين . وقوله (والخلاف المنقول فيه) يعنى بين أبي حنيفة وصاحبيه أن أنكحهم صحبة عنده خلافا لها (محمول على اشتباه مذهبهم ، فكل أجاب بما وقع عنده) وقع عند أبي حنيفة أنهم من أهل الكتاب يقرعون الزبور ولا يعبدون الكواكب لكنهم يعظمونها كتعظيمنا القبلة في الاستقبال إليها . ووقع عندهما أنهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم فصاروا كعبدة الأوثان ، فإذا لاخلاف بينهم في الحقيقة ، لأنهم إن كانوا كما قال به أبو حنيفة جازت مناكحتهم عندهما أيضا ، وإن كانوا كما قال فلا تجوز مناكحتهم عنده أيضا . وحكم ذبيحتهم على هذا . قال (ويجوز تزويج المحرم والحرة في حالة الإحرام) وقال الشافعي لا يجوز ، وتزويج الولي المحرم وليته على هذا الخلاف (

لم يشاء - وقوله تعالى - لقد كفر الذين قالوا إن الله ثالث ثلاثة وما من إله إلا إله واحد - يدل على أنهم مشركون ، وتقرير النهاية أوضح منه حيث قال : علم من العطف أن معنى الإشراف صار مغلوبا فيهم ولم يلتفت لوجوده . وفي فتح القدير : المهود من إرادة الشارع بالمشرك من عبد مع الله غيره من لا يدعى اتباع نبي ولا كتاب ولذلك عطفهم عليهم في قوله تعالى - لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب - الآية (قوله فإن قلت : فما تقول في تأويل ابن عمر رضى الله عنهما) أقول : فيه بحث ، فإن تأويل ابن عمر رضى الله عنهما ليس في قوله تعالى - والمحصنات من المؤمنات - بل في قوله عز وجل - والمحصنات من الذين آمنوا وأتوا الكتاب - .

له قوله صلى الله عليه وسلم « لا ينكح المحرم ولا ينكح » ولنا ما روى « أنه صلى الله عليه وسلم تزوج بميمونة وهو محرم » وما رواه محمود على الوطاء

« لا ينكح المحرم ولا ينكح » رواه الجماعة إلا البخارى عن أبان بن عثمان بن عفان قال : سمعت أبى عثمان بن عفان يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا ينكح المحرم ولا ينكح » زاد مسلم وأبو داود في رواية « ولا ينكح » وزاد ابن حبان في صحيحه « ولا ينكح عليه » وموطأ مالك عن داود بن الحصين : أن أبا غطفان المرمى أخبره أن أباه طريفا تزوج امرأة وهو محرم ، فرد عمر بن الخطاب نكاحه . ولنا ما رواه الأئمة الستة في كتبهم عن طاوس عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : « تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم ميمونة وهو محرم » زاد البخارى في جامعه في باب عمرة القضاء في كتاب المغازى : « وبنى بها وهو حلال » وماتت بسرف وله أيضا عنه ولم يصل سند به قال : « تزوج النبي صلى الله عليه وسلم ميمونة رضى الله عنها في عمرة القضاء » وما عن يزيد بن الأصم أنه تزوجها وهو حلال لم يقو قوة هذا فإنه مما اتفق عليه الستة . وحديث يزيد لم يخرج البخارى ولا النسائى ، وأيضا لا يقاوم بابن عباس حفظا وإتقانا ، ولذا قال عمرو بن دينار للزهري : وما يدري ابن الأصم أعرابى كذا وكذا لشيء قاله أتبعه مثل ابن عباس ، وما روى عن أبى رافع « أنه صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو حلال وبنى بها وهو حلال وكنت أنا الرسول بينهما » لم يخرج في واحد من الصحيحين وإن روى في صحيح ابن حبان فلم يبلغ درجة الصحة ، ولذا لم يقل الترمذى فيه سوى حديث حسن . قال : ولا نعلم أحدا أسنده غير حماد عن مطر . وما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو حلال فنكر عنه لا يجوز النظر إليه بعد ما اشتهر إلى أن كان أن يبلغ اليقين عنه في خلافه . ولذا بعد أن أخرج الطبرانى ذلك عارضه بأن أخرجه عن ابن عباس رضى الله عنه من خمسة عشر طريقا « أنه تزوجها وهو محرم » وفي لفظ « وهما حرمان » وقال : هذا هو الصحيح . وما أول به حديث ابن عباس بأن المعنى وهو في الحرم ، فإنه يقال أنجد إذا دخل أرض نجد ، وأحرم إذا دخل أرض الحرم بعيد . ومما يبعده حديث البخارى « تزوجها وهو محرم وبنى بها وهو حلال » والحاصل أنه قام ركن المعارضة بين حديث ابن عباس وحديث يزيد بن الأصم وأبان بن عثمان بن عفان ، وحديث ابن عباس أقوى منهما سنداً ، فإن رجحنا باعتباره كان الترجيح معنا ، وبعضه ما قال الطحاوى روى أبو عوانة عن مغيرة عن أبى الضحى عن مسروق عن عائشة رضى الله عنها قالت : « تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم بعض نسائه وهو محرم » قال : ونقله هذا الحديث كلهم ثقات يحتج بروايتهم اهـ . وهذا الحديث أخرجه أيضا البزار ، قال السهيلي : إنما أرادت نكاح ميمونة ولكنها لم تسمها ، وبقوة ضبط الرواة وفقههم فإن الرواة عن عثمان وغيره ليسوا كمن روى عن ابن عباس ذلك فقها وضبطا كسعيد بن جبير وطاوس وعطاء ومجاهد وعكرمة وجابر بن زيد ، وإن تركناها تتساقط للتعارض وصرنا إلى القياس فهو معنا لأنه عقد كسائر العقود التى يتلفظ بها من شراء الأمة للتسرى وغيره ، ولا يمتنع شيء من العقود بسبب الإحرام ، ولو حرم لكان غايته أن ينزل منزلة نفس الوطاء وأثره في إفساد الحج لا في بطلان العقد نفسه . وأيضا لو لم يصح لبطل عقد المنكحة سابقا لطرو الإحرام لأن المتنافى للعقد يستوى في الابتداء والبقاء كالطارئ على العقد ، وإن رجحنا من حيث المتن كان معنا لأن رواية

له ما روى عن عثمان بن عفان قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا ينكح » (ولنا ما روى ابن عباس « أنه صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو محرم ») قال أبو عيسى الترمذى : (٢٠ - فتح القدير حنى - ٢)

(ويجوز تزويج الأمة مسلمة كانت أو كتائية) وقال الشافعي رحمه الله : لا يجوز للحر أن يتزوج بأمة كتائية لأن جواز نكاح الإمام ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق ، وقد اندفعت الضرورة

ابن عباس رضي الله عنهما نافية ورواية يزيد مثبتة ، لما عرف أن الميثب هو الذي يثبت أمراً عارضاً على الحالة الأصلية والحل الطارئ على الإحرام كذلك ، والنافي هو المبقية لأنه ينفي طرّاً طارئاً ، ولا شك أن الإحرام أصل بالنسبة إلى الحل الطارئ عليه ، ثم إن له كفيات خاصة من التجرد ورفع الصوت بالتلبية فكان نفياً من جنس ما يعرف بدليله فيعارض الإثبات فيرجح بخارج وهو زيادة قوة السند وفقه الراوى على ما تقدم . هذا بالنسبة إلى الحل اللاحق ، وأما على إرادة الحل السابق على الإحرام كما في بعض الروايات « أنه صلى الله عليه وسلم بعث أبا رافع موله ورجلاً من الأنصار فروّجاه ميمونة بنت الحرث ورسول الله صلى الله عليه وسلم بالمدينة قبل أن يحرم » كذا في معرفة الصحابة للمستغفرى ؛ فابن عباس مثبت وي زيد ناف ، فيرجح حديث ابن عباس بذات المتن لرجح الميثب على النافي ، ولو عارضه بأن كان نفي يزيد مما يعرف بدليله لأن حالة الحل تعرف أيضاً بالدليل وهي هيئة الحلال فالرجح بما قلنا من قوة السند وفقه الراوى لا بذات المتن . وإن وقفنا لدفع التعارض فيحمل لفظ التزويج في حديث ابن الأصم على البناء بها مجازاً بعلاقة السببية العادية ، ويحمل قوله صلى الله عليه وسلم « لا ينكح المحرم » إما على نهى التحريم والنكاح للوطء . والمراد بالجملة الثانية التمكن من الوطء والتذكير باعتبار الشخص : أى لا يمكن المحرمة من الوطء وزوجها . والعجب ممن يضعف هذا الوجه بأن التمكن من الوطء لا يسمى نكاحاً مع أن اللازم الإنكاح لا النكاح . وأما استبعاده باختلاله عربية فليس بواقع لأن غاية ما فيه دخول لا الناهية على المسند للغائب وهو جائز عند المحققين وإن كان غيره أكثر ، وعلى النفي فيه التذكير وفيه ذلك التأويل ، أو على نهى الكراهية جمعاً بين الدلائل وذلك لأن المحرم في شغل عن مباشرة عقود الأنكحة لأن ذلك يوجب شغل قلبه عن الإحسان في العبادة لما فيه من خطبة ومراودات ودعوة واجتماعات ويتضمن تنبيه النفس لطلب الجماع وهذا يحمل قوله « ولا يخطب » ولا يلزم كونه صلى الله عليه وسلم باشر المكروه لأن المعنى المنوط به الكراهة ، وهو عليه الصلاة والسلام منزّه عنه . ولا بعد في اختلاف حكم في حقنا وحقه لاختلاف المناط فينا وفيه ، كالوصال نهانا عنه وفعله (قوله ويجوز تزويج الأمة مسلمة كانت أو كتائية الخ) قيد الحرج غير مفيد لأن

حديث ابن عباس حسن صحيح : فإن قلت : النكاح مما يثبت به حرمة المصاهرة فيجب أن لا يجوز على المحرم قياساً على الوطء إذا كان الحديثان متعارضين . قلت : مارواه محمول على الوطء : أى لا يبطأ ولا تمكنه المرأة أن يبطأها كما هو فعل البعض ، وكان القياس بعد ذلك في مقابلة النص وهو فاسد (ويجوز تزويج الأمة مسلمة كانت أو كتائية . وقال الشافعي : لا يجوز للحر أن يتزوج بأمة كتائية لأن جواز نكاح الإمام ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق) إذ الولد يتبع الأم في الرق وما يثبت لضرورة يتقدّر بقدرها ، والضرورة تندفع بالمسلمة

(قوله فإن قلت : للنكاح مما يثبت به حرمة المصاهرة فيجب أن لا يجوز على المحرم قياساً على الوطء الخ) أقول : إذا نزل منزلة الوطء نفسه يكون أثره في إفراد الحج لافي بطلان العقد (قوله قلت مارواه محمول على الوطء ، أى قوله : وهو فاسد) أقول : مع أن القياس غير صحيح والقياس الصحيح معنا لأنه عقد كسائر العقود التي يتلفظ بها من شراء الأمة للتسرى وغيره ولا يمنع شيء من العقود بسبب الإحرام . قال الإقناني : قوله مارواه محمول على الوطء : أى لا يبطأ المحرم ولا تمكنه المحرمة من نفسها لتوطأ ، ولا يخطب : أى لا يلتصق الوطء به . ولا يلزم أن يكون ولا تنكح بالناء لأن المحرم يتناول المحرمة أيضاً لكونه في تأويل من يحرم أو الشخص فتأمل .

بالمسلمة ولهذا جعل طول الحرية مانعا منه . وعندنا الجواز مطلق لإطلاق المقتضى ، وفيه امتناع عن تحصيل الجزء الحر لإرقاقه وله أن لا يحصل الأصل فيكون له أن لا يحصل الوصف

الشافعي لا يميز للعبد المسلم الأمة الكتابية فكان الصواب إبداله بالمسلم . وعن مالك وأحمد كقولاه ، وعنهما كقولنا . له قوله تعالى - ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات - الآية استفيد منها عدة أحكام : عدم جواز نكاح الأمة مطلقا عند طول الحرية بمفهوم الشرط وعدم جواز النكاح الأمة مطلقا حين لا ضرورة من خشية العنت لقوله تعالى - ذلك لمن خشي العنت منكم - فاستنبطنا من قصر الحل على الضرورة معنى مناسبا وهو ما في نكاح الأمة من تعريض الولد على الرق الذي هو موت حكما . وعدم جواز الأمة الكتابية مطلقا بمفهوم الصفة في قوله - من فتياتكم المؤمنات - وأيضا إذا لم تجز الأمة إلا للضرورة فالضرورة تندفع بالمسلمة . وعندنا الجواز مطلق في حالة الضرورة وعدمها في المسلمة والكتابية وعند طول الحرية وعدمه لإطلاق المقتضى من قوله تعالى - فانكحوا ما طاب لكم من النساء - وأحل لكم ما وراء ذلكم - فلا يخرج منه شيء إلا بما يوجب التخصيص . ولم ينتهض ما ذكرنا حجة مخرجة . أما أولا فالفهومان : أعنى مفهوم الشرط والصفة ليسا بحجة عندنا وموضع الأصول ، وأما ثانيا فبتقدير الحجية مقتضى المفهومين عدم الإباحة الثابتة عند وجود القيد المبيح . وعدم الإباحة أعم من ثبوت الحرمة أو الكراهة ، ولا دلالة للأعم على أخص بخصوصه فيجوز ثبوت الكراهة عند عدم الضرورة وعند وجود طول الحرية ، كما يجوز ثبوت الحرمة على السواء والكراهة أقل فتعينت فقلنا بها ، وبالكراهة صرح في البدائع . وأما تعليل عدم الحل عند عدم الضرورة بتعريض الولد على الرق لتثبت الحرمة بالقياس على أصول شتى أو لتعين أحد فردى الأعم الذي هو عدم الإباحة وهو التحريم مرادا بالأعم ، فإن عونا أن فيه تعريض موصوف بالحرية على الرق سلمنا استلزامه للحرمة ، ولكن وجود الوصف ممنوع ، إذ ليس هنا متصف بحرية عرض للرق بل الوصفان من الحرية والرق يقارنان وجود الولد باعتبار أمه ، إن كانت حرة فحر أورقيقه فريقيق ، وإن أرادوا به تعريض الولد الذي سيوجد لأن يقارنه الرق في الوجود لا إرقاقه سلمنا وجوده ومنعنا تأثيره في الحرمة بل في الكراهة . وهذا لأنه كان له أن لا يحصل الولد أصلا بنكاح الآيسة ونحوها ، فلأن يكون له أن يحصله رقيقا بعد كونه مسلما أولى ، إذ المقصود بالذات من التناسل إنما هو تكثير المقرين لله تعالى بالوحدانية والألوهية وما يجب أن يعترف له به ، وهذا ثابت بالولد المسلم ، والحرية مع ذلك كمال يرجع أكثره إلى أمر دنيوي ، وقد جاز للعبد أن يتزوج أمتين بالاتفاق مع أن فيه تعريض الولد على الرق في موضع الاستغناء عن ذلك وعدم الضرورة ، وكون العبد أبلا أثر له في ثبوت رق الولد ، فإنه لو تزوج حرة كان ولده حرا ، والمانع إنما يعقل كونه ذات الرق لأنه هو الموجب

فلا حاجة إلى الكتابية . (ولهذا) أي ولكونه ضروريا عنده (جعل طول الحرية مانعا منه) أي تزوج الأمة لاندفاع الضرورة بالقدرة على تزوج الحرية . (وعندنا جواز نكاح الأمة مطلق) مسلمة كانت أو كتابية (لإطلاق المقتضى) وهو قوله تعالى - فانكحوا ما طاب لكم من النساء - وقوله - وأحل لكم ما وراء ذلكم - وانتفاء المانع الذي هو أبداه وهو تعريض الجزء على الرق (لأن فيه) أي في الإقدام على نكاح الأمة (امتناعا عن تحصيل الجزء الحر لإرقاقه) لأنه لم يوجد بعد ، وبعد وجود الماء فهو موات لا يوصف بالرق والحرية إلا بطريق التبعية ، والامتناع

(قال المصنف : ولهذا جعل طول الحرية مانعا منه) أقول : وفيه بحث ، لأن ذلك لمفهوم الشرط عنده .

(ولا يتزوج أمة على حرة) لقوله صلى الله عليه وسلم « لا تنكح الأمة على الحرة » وهو بإطلاقه حجة على الشافعي رحمه الله في تجويزه ذلك للعبد ،

للنقص الذي جعلوه محرما لا مع قيد حرية الأب فوجب استواء العبد والحر في هذا الحكم ، لو صحح ذلك التعليل : أعني تعليل الحرمة بالتعريض للرق ثم بعد وجود شرط تزوج الأمة عند الشافعي من عدم وجود طول الحرية شرط أن لا تكون جارية ابنة : أي ملك الابن ، قال في خلاصتهم : لو أنه استولدها قبل النكاح صارت أم ولده فزول ملك ولده منزلة ملكه ، وعندنا لا ملك للأب من وجه أصلا وإلا لحرمت على الابن (قوله ولا يتزوج أمة على حرة لقوله صلى الله عليه وسلم « لا تنكح الأمة على الحرة ») أخرج الدارقطني عن عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « طلاق العبد اثنتان » الحديث ، إلى أن قال « وتزوج الحرة على الأمة ، ولا تزوج الأمة على الحرة » وفيه مظاهر بن أسلم ضعيف . وأخرج الطبري في تفسيره في سورة النساء بسنده إلى الحسن « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن تنكح الأمة على الحرة . قال : وتنكح الحرة على الأمة » . قال : وهذا مرسل الحسن . ورواه عبد الرزاق عن الحسن أيضا مرسلا ، وكذا رواه ابن أبي شيبة عنه . وأخرج عبد الرزاق ، أخبرنا ابن جريج ، أخبرني أبو الزبير أنه سمع جابر بن عبد الله يقول : « لا تنكح الأمة على الحرة ، وتنكح الحرة على الأمة » . وأخرج عن الحسن وابن المسيب نحوه . وأخرج ابن أبي شيبة عن علي رضي الله عنه : لا تنكح الأمة على الحرة . « وأخرج عن ابن مسعود نحوه . وأخرج ابن أبي شيبة : حدثنا عبدة عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال : « تزوج الحرة على الأمة ، ولا تزوج الأمة على الحرة » . وعن مكحول نحوه . فهذه آثار ثابتة عن الصحابة والتابعين رضي الله عنهم تقوى الحديث المرسل لو لم يقل بحجته فوجب قبوله ، ثم اعتضد باتفاق العلماء على الحكم المذكور وإن اختلفت طرق إضافتهم ، فإن الثلاثة أضافوه إلى مفهوم قوله تعالى - ومن لم يستطع منكم طولا - الآية ، وذلك أن تزوج الأمة على الحرة يكون عند وجود طول الحرية فلا يجوز اتفاقا . وقوله (وهو حجة على الشافعي في إجازة ذلك للعبد) يعني حجة جبرا لأننا أقمنا الدليل على جوازه بل وجوب الاحتجاج بالمرسل بعد ثقة رجاله ، ولأنه يرى حجته إذا اقترن بأقوال الصحابة ، وهنا كذلك فإنه قد ثبت ذلك عن علي وجابر على الإطلاق كما بينا ، وكذا يرى حجته إذا أقي به جماعة من أهل العلم وهنا كذلك ، وهذا كله نص الشافعي في الرسالة فإنه قال : وإن لم يوجد ذلك : يعني تعدد المخرج نظر إلى بعض ما يروى عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قولاً له ، فإن وجد ما يوافق ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت هذه دلالة على أنه

عنه ليس بمانع شرعا لأن له أن لا يحصل الأصل بالعزل برضا المرأة ويتزوج العجز والعقيم فلأن يكون له أن لا يحصل وصف الحرية بتزوج الأمة أولى (ولا يتزوج أمة على حرة) سواء كان حرا أو عبدا ، وقال الشافعي : يجوز ذلك للعبد . وقال مالك : يجوز برضا الحرة . وجه قول الشافعي أن تزوج الأمة ممنوع لمعنى في المتزوج إذا كان حرا وهو تعريض جزئه على الرق مع الغنية عنه وهو لا يوجد في حق العبد لأنه رقيق بجميع أجزائه . ووجه قول مالك أن المنع لحق الحرية فإذا رضيت فقد أسقطت حقها . ولنا ما ذكره محمد بن الحسن في مبسوطه : بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تنكح الأمة على الحرة » وهو بإطلاقه حجة عليهما لأن الرأي في مقابلة النص غير معتبر . فإن قلت : جوزتم نكاح الأمة مسلمة كانت أو كتيبة بإطلاق المقتضى على ما تلونتم فهلا جوزتم نكاحها على الحرة بذلك ؟ قلت : جوزنا هناك لوجود المقتضى وانتفاء المانع وههنا وإن كان المقتضى

وعلى مالك في تجويزه ذلك برضا الحرة ، ولأن الرأق أثرا في تنصيف النعمة على ما نقرر في كتاب الطلاق إن شاء الله فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام

لم يرسل إلا عن أصل يصح إن شاء الله ، وكذلك إن وجد عوام من أهل العلم يفتون بمثل معنى ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم هـ . وبه يخص قوله تعالى - وأحل لكم ما وراء ذلكم - إذ قد أخرج منه ما قلنا . وفيه نظر ، فإن إخراج المشركات والمجوسيات بطريق النسخ على ما قالوا والمجوسيات مشركات والناسخ لا يصير العام به ظنيا فلا يخص بعده بخبر واحد أو قياس . وما قيل إنه مخصوص منه الجمع بين الأختين فغلط ، لأن قوله تعالى - وأحل لكم ما وراء ذلكم - لم يتناول الجمع ليتحقق إخراجها لأنه مما قدم ذكره مع المحرمات ثم قال - وأحل لكم ما وراء ذلكم - أي ما وراء المذكورات فلم يتناول أصلا ، وإذا كان كذلك والحديث مطلق فيشمل العبد بإخراجه يستدعي ثبنا ولم يثبت إذ إضافة إخراجها إلى تخصيص العلة التي ادعوا أنها مؤثرة لحمة نكاح الأمة عند طول الحرة بغير العبد لم يثبت له وجه لما علمت أنه بتقدير صحتها يجب استواء الحر والعبد فيها ، لأن المعقول تأثير ذات الرق في المنع عند عدم الضرورة ووجود الطول (قوله وعلى مالك في تجويزه ذلك برضا الحرة) مالك رحمه الله يقول بحجية المرسل إذا صح طريقه إلى التابعي ، لكنه علله بإغاطة الحرة بإدخال ناقصة الحال عليها ، فإذا رضيت انتفى ما لأجله المنع فيجوز وهذا استنباط معنى يخص النص ، فإن لم يكن منصوبا ولا مومي إليه كان تقديم القياس على لفظ النص وهو ممنوع عندنا بل العبرة في المنصوص عليه لعين النص لا لمعناه ، ثم بتقدير جواز ذلك فتعليله بما ظهر أثره وهو تنصيف النعمة بالرق الذي ظهر أثره في الطلاق والعدة والقسم أولى ، فيكون المنع باعتبار التعليل به للتنصيف في أحوال نكاح الأمة . بيانه أن الحل الثابت في النكاح نعمة ، وتبين أن الرق منصف ما ذكرنا من متعلقات النكاح لما لم يمكن تنصيف نفس الحل ، على أنه لو قيل بل نصف الحل أيضا وهو تنصيف القسم إذ يحرم عليه الاستمتاع بها في غير ليلتها لأمكن ، فيظهر أن حكم هذا الحديث لإرادة تنصيف الأحوال جريا على ما استقر منوطا بالرق ، وذلك أن لنكاحها حالتي انضمام إلى نكاح حرة سابقة وانفراد عنه ، فالتنصيف إذا كان إمكان الحاليتين قائما بتصحيح نكاحها في حالة دون حالة ، وتصحيح نكاح الحرة في الحاليتين حالة الانفراد

موجودا لكن المانع غير منتف ، وهو الذي أشار إليه المصنف بقوله (ولأن لارق أثرا في تنصيف النعمة على ما نقرر في الطلاق فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام) ولا علينا أن نقرره ههنا . ونقرره أن الحل الذي ينبنى عليه عقد النكاح نعمة جديدة في جانب الرجال والنساء جميعا ، وكما يتنصف ذلك الحل برق الرجل حتى يزوج العبد ثنتين والحرأربعا فكذلك يتنصف برق المرأة لأن الرق هو المنصف وهو يشملهما ، ولا يمكن إظهار هذا التنصيف في جانبها بنقصان العدد لأن المرأة الواحدة لا تحل إلا لواحد ، فظهر التنصيف باعتبار الحالة ، فبعد ذلك نقول : الأحوال ثلاث : حال ما قبل نكاح الحرة ، وحال ما بعده ، وحال المقارنة ، ولكن الحال الواحدة لا تحتل التجزى فتغلب الحرمية على الحل فتجعل محللة سابقة على الحرة ومحرمة مقترنة بالحرة أو متأخرة عنها ، وهذا المعنى وهو بطلان التنصيف بالرق الثابت بالدليل القطعي مانع عن العمل بإطلاق المقتضى فتأمل فإنه غريب

(قوله وهو الذي أشار إليه المصنف بقوله ولأن الرق أثرا في تنصيف النعمة الخ) أقول : فعلى هذا يكون مجموع الحديث وكون الرق منصفا دليلا واحدا على المطلوب ، وظاهر كلام المصنف خلافه (قوله وهذا المعنى وهو بطلان التنصيف ، إلى قوله : فتأمل فإنه غريب) أقول : فيه بحث .

(ويجوز تزويج الحرة عليها) لقوله صلى الله عليه وسلم « وتنكح الحرة على الأمة » ولأنها من المحلات في جميع الحالات إذ لا منصف في حقها (فإن تزوج أمة على حرة في عدة من طلاق بائن أو ثلاث لم يجر عند أبي حنيفة رحمه الله ، ويجوز عندهما) لأن هذا ليس بتزويج عليها وهو المحرم ، ولهذا لو حلف لا يتزوج عليها لم يحنث بهذا . ولأبي حنيفة رحمه الله أن نكاح الحرة باق من وجه لبقاء بعض الأحكام فيبقى المنع احتياطا ، بخلاف اليمين لأن المقصود أن لا يدخل غيرها في قسمها

والانضمام إلى أمة سابقة ثم عين الشرع للمنع حالة الانضمام إلى الحرة لما في اعتبار نقصها عن الحرة في كثير من الأحكام من مناسبة ذلك . ولا يبعد أن لزيادة غيظ الحرة زيادة معتبرة دخلا أيضا . أما أصل غيظها فلا أثر له فإنه يحصل بإدخال الحرة أيضا على الأمة . وعلى هذا التقرير يندفع من الأصل ما يورد من أن الانضمام يصدق على ما إذا أدخل الحرة أيضا على الأمة فيلزم أن يفسد نكاح الأمة بإدخال الحرة عليها . ويحاج بأن الانضمام يقوم بالتأخر لأنه المنضم إلى غيره ثم يتعلق بالمقدم . ومنهم من جعل منع إدخال الأمة بالنص على خلاف القياس . وتعليل الكرخي أن بنكاح الحرة يثبت لنسله حق الحرية ، وحق الحرية لا يجوز إبطاله بعد ثبوته ، فأما بمجرد طول الحرة قبل نكاحها فلا يثبت للنسل ذلك . هذا وأما حالة المقارنة وهو أن يتزوج حرة وأمة في عدة فيجتمع في الأمة محرم ومبيح فتحرم . واعلم أن التعليل في الأصل إنما هو للقياس ، ويستدعى أصلا يلحق به منصوصا أو مجمعا عليه فيمكن جعله هنا تنصيف الطلاق والعدة (قوله فإن تزوج أمة على حرة الخ) وكذا المدبرة وأم الولد قيد بالبائن لأن في عدة الرجعي لا يجوز نكاح الأمة اتفاقا ، وقولهما قول ابن أبي ليلى لأن المحرم ليس الجمع ليمتنع في عدة البائن كالأخت في عدة الأخت وإلا حرم إدخال الحرة عليها بل تزوج الأمة على الحرة وهو ممتنع . لا يقال : تزوج عليها إذا تزوج وهي مبانة معتدة ، ولذا لو حلف لا يتزوج على امرأته فتزوج وهي معتدة عن بائن لم يحنث ، وكذا جاز نكاح الأمة في عدة الحرة من نكاح فاسد أو طء بشبهة . ولأبي حنيفة أن العدة لما كانت من آثار النكاح وباعتبارها يعد قائما من وجه كان بالتزويج فيها متزوجا عليها من وجه فكان حراما لأن الشبهة في الحرمات كالحقيقة احتياطا . وأما جواز نكاح الأمة في عدة الحرة من نكاح فاسد فليل إنما هو قولهما لا قوله ، ولو سلم فالمنع لم يكن ثابتا بقيام النكاح الفاسد ليبقى ببقاء العدة بخلاف مانحن فيه . وأما مسألة اليمين فإنما لا يحنث فيها للعالم بأن المقصود من حلفه أن لا يتزوج عليها هو أن لا يدخل عليها شريكة في القسم ، ولأن العرف

(ويجوز تزويج الحرة عليها لقوله عليه الصلاة والسلام « وتنكح الحرة على الأمة » ولأنها من المحلات في جميع الحالات لعدم المنصف في حقها) فجاز العمل بإطلاق المقتضى عند انتفاء المانع (فإن تزوج أمة على حرة في عدة من طلاق بائن أو ثلاث لم يجر عند أبي حنيفة ويجوز عندهما) ووجه الجانين على ما ذكره في الكتاب ظاهر ، ولا بدليهما من فرق بين هذه المسئلة وبين ما إذا تزوج امرأة في عدة أختها من طلاق بائن فإنهما لم يجوزاه كأبي حنيفة وقالوا في الفرق لهما : إن المحرم هناك الجمع فإذا تزوجها في عدة أختها صار جامعا بينهما في حقوق النكاح فلا يجوز ، وأما هذا المنع فليس لأجل الجمع ، فإنه لو تزوج الأمة ثم الحرة صح نكاحهما ، ولكنه باعتبار إدخال ناقصة الحال على كاملة الحال وهذا لا يوجد بعد البيئونة . ولقائل أن يقول : نكاح الأولى قائم مادامت في العدة أولا ، فإن كان الأول ورد عليهما هذه المسئلة ، وإن كان الثاني فتلك المسئلة . وقد نقل في النهاية عن المبسوط والأسرار

(وللحر أن يتزوج أربعاً من الحرائر والإماء ، وليس له أن يتزوج أكثر من ذلك) لقوله تعالى - فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع - والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه .

أن لا يسمى متزوجاً عليها بعد الإبانة إلا إذا كان من كل وجه وذلك حال قيام العصمة (قوله من الحرائر والإماء) أي جمعا وتفريقا ، إلا أن في الجمع إنما يجوز إذا أخرج الحرائر (قوله وليس له أن يتزوج أكثر من ذلك) اتفق عليه الأئمة الأربعة وجمهور المسلمين ، وأما الجوارى فله ماشاء منهن . وفي الفتاوى : رجل له أربع نسوة وألف جارية ، أراد أن يشتري جارية أخرى فلامه رجل آخر يخاف عليه الكفر . وقالوا : إذا ترك أن يتزوج كى لا يدخل الغم على زوجته التي كانت عنده كان مأجورا . وأجاز الروافض تسعا من الحرائر . ونقل عن النخعي وابن أبي ليلى ، وأجاز الخوارج ثمانى عشرة . وحكى عن بعض الناس إباحة أى عدد شاء بلا حصر . وجه الأول أنه بين العدد المحلل بمثنى وثلاث ورباع بحرف الجمع والحاصل من ذلك تسع . وجه الثاني ذلك ، إلا أن مثنى وثلاث ورباع معدول عن عدد مكرر على ما عرف في العربية فيصير الحاصل ثمانية عشر . وكأن وجه الثالث العمومات من نحو - فانكحوا ما طاب لكم من النساء - ولفظ مثنى إلى آخره تعداد عرفي له لا قيد ، كما يقال خذ من البحر ماشئت قربة وقريتين وثلاثا . ويخص الأولين تزوجه صلى الله عليه وسلم تسعا ، والأصل عدم الخصوصية إلا بدليل . والحجة عليهم أن آية الإحلال ههنا وهى قوله تعالى - فانكحوا ما طاب لكم من النساء - لم تسق إلا لبيان العدد المحلل لا لبيان نفس الحل ، لأنه عرف من غيرها قبل نزولها كتابا وستة فكان ذكره هنا معقبا بالعدد ليس إلا لبيان قصر الحل عليه ، أو هى لبيان الحل المقيد بالعدد لا مطلقا ، كيف وهو حال مما طاب فيكون قييدا في العامل وهو الإحلال المفهوم من فانكحوا ، ثم إن مثنى معدول عن عدد مكرر لا يقف عند حد هو اثنان اثنان هكذا إلى ما لا يقف ، وكذا ثلاث في ثلاثة ثلاثة ، ومثله رباع في أربعة أربعة ، فوئدى التركيب على

فرق آخر أضعف من هذا فلا حاجة إلى ذكره . قال (وللحر أن يتزوج أربعاً من الحرائر والإماء) أو منهما إذا قدم الأمة على الحرة (ولا يجوز أكثر من ذلك ، قال الله تعالى - فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع -) نص على العدد (والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه) وفيه بحث لأن هذا معدول وهو وصف ولهذا منع عن الصرف للعدل والوصف فكان من باب تخصيص الشيء بالذكر ، وذلك لا يدل على نفي الحكم عما عداه فتثبت الزيادة بقوله تعالى - وأحل لكم ما وراء ذلكم - سلمنا أنه عدد ولكن لانسلم أن التنصيص عليه يمنع الزيادة عليه - لأنه عليه الصلاة والسلام قال « إنما يغسل الثوب من خمس : من بول ، وغائط ، وقي ، ومنى ، ودم » وبالاتفاق يغسل من الخمر أيضا مع أنه عليه الصلاة والسلام نص على العدد مع كلمة الحصر . والجواب عن الأول أنه بحسب الأصل من الأعداد وإن استعمل وصفا ، وعن الثاني بأن معناه إنما يغسل الثوب من خمس مما يخرج من بدن الآدمي ، لأن هذا الحديث خرج جوابا لسؤال من سأل عن النجاسة وهو منحصر على هذا العدد . فإن قيل : سلمناه لكن مقتضاه التسع أو ثمانية عشر لما أن الواو للجمع . أجيب بأن هذا الوهم هو الذى أوقع الرافضة لعنهم الله في التسوية بينهم وبين أفضل الموجودات مع اختصاصه بذلك بفضيلة النبوة أو ازديادهم عليه ، فإن منهم من ذهب إلى جواز التسع ، ومنهم من ذهب إلى جواز ثمانية عشر نظرا إلى معنى العدول وحرف الجمع ، ولكن ليس الأمر على ما توهموا لأن المراد بمثل هذا الكلام أحد هذه الأعداد . قال الفراء : لا وجه لحمل هذا على الجمع لأن العبارة عن التسع بهذا اللفظ من العى في الكلام والكلام المجيد منزوع عن

وقال الشافعي رحمه الله : لا يتزوج إلا أمة واحدة لأنه ضروري عنده : والحجة عليه ما تلونا إذ الأمة المنكوحة ينتظمها اسم النساء كما في الظاهر (ولا يجوز للعبد أن يتزوج أكثر من اثنتين) وقال مالك : يجوز لأنه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده حتى ملكه بغير إذن المولى .

هذا ما طالب لكم ثنتين ثنتين جمعا في العقد أو على التفريق وثلاثا ثلاثا جمعا أو تفريقا وأربعا أربعا كذلك . ثم هو قيد في الحل على ما ذكرنا فأنتهى الحل إلى أربع مخير فيهن بين الجمع والتفريق . وأما حل الواحدة فقد كان ثابتا قبل هذه الآية بحل النكاح لأن أقل ما يتصور بالواحدة . فحاصل الحال أن حل الواحدة كان معلوما . وهذه الآية لبيان حل الزائد عليها إلى حد معين مع بيان التخيير بين الجمع والتفريق في ذلك : وبه يتم جواب الفريقين . أو نقول : عرف حل الواحدة بقوله تعالى - فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة - فكان العدد على الوجه الذي ذكرنا محللا عند عدم خوف الجور ، ثم أفاد أن عند خوفه بقصر الحل على واحدة وإنما لم يعطف بأوفيقا أو ثلاث أو رباع . لأنه لو ذكر بأو لكان الإحلال مقتصرا على أحد هذه الأعداد وليس بمراد ، بل المراد أن لهم أن يحصلوا هذه الأعداد إن شاءوا بطريق الثنية وإن شاءوا بطريق التثليث وإن شاءوا بطريق الربيع ، فانتفى بذلك صحة التسع والثمان عشرة ، ويدل على الخصوصية ما روى الترمذي عن عبد الله بن عمر « أن غيلان بن سلمة الثقفي أسلم وله عشر نسوة في الجاهلية فأسلمن معه ، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يتخير منهن أربعا » ومثله وقع لفيروز الدينمي وقيس بن حارثة . والمراد من قوله والتنصيص على العدد يمنع الزيادة العدد المذكور : يعني التنصيص على هذا العدد ، فكان اللام للعهد الذكري أو الحضورى ، وإنما كان هذا العدد يمنع الزيادة وإن كان من حيث هو عدد لا يمنعها كما في قوله صلى الله عليه وسلم « ثلاث جدهن جدّ وهزلهن جدّ » : النكاح ، والطلاق ، والرجعة » حيث ألحق بها اليمين والنذر والعق لوقوعه حالا قيدا في الإحلال على ما قررنا ، وبه يندفع الإيراد بأنه من حيث هو عدد لا يمنع كما ذكرنا . والحاصل أنه قد تمتنع معه الزيادة والنقص كعدد ركعات الصلاة وقد لا ولا نحو سبعين مرة في قوله تعالى - استغفر لهم - الآية ، وقد تمتنع الزيادة كما ذكرنا أو النقص فقط كما في أقل الحيض وشيء من ذلك ليس لذات العدد بل لخوارج كمنع الزيادة هنا لتقييد الحل وفي كل موضع يطلب السبب (قوله والحجة عليه ما تلونا) وهو عموم - ما طالب لكم من النساء - مقتصرا على العدد المذكور ، وقوله إذ الأمة والمنكوحة يريد بالمنكوحة الحرّة ، وإلا فالمنكوحة لاتنافى الأمة مع أن المراد هنا بالأمة ليس إلا الأمة المنكوحة ، وفي كثير من النسخ المنكوحة على الصفة . واعترض بأن المراد الاستدلال بجواز تزوج الإمام أكثر من واحدة لتناول اسم النساء ذلك . وعلى ما قال من وجه تناول يلزم نكاح المنكوحة والمنكوحة لا تنكح ، فكان ينبغي أن لا يذكر المنكوحة أصلا ، والعناية به أن يراد بالمنكوحة بالقوة : أى التي يريد أن ينكحها ينتظمها الخ (قوله لأنه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده) لأن السبي لا يوقع الفرقة بين المسي وزوجته فعلم أنه لا يملك إلا من حيث هو مال

ذلك ، وقد صح « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بين غيلان الثقفي وبين ما زاد على الأربع من النسوة حين أسلم وتحتة عشر نسوة » ولم ينقل عن أحد في حياة النبي صلى الله عليه وسلم ولا بعده إلى يومنا هذا أنه جمع بين أكثر من أربع نسوة نكاحا (وقال الشافعي : لا يتزوج إلا أمة واحدة لأنه) أى نكاح الأمة (ضرورى) في حق الحر (عنده) كما تقدم والضرورة تندفع بالواحدة (والحجة عليه ما تلونا) - يعنى قوله تعالى - فانكحوا ما طالب لكم من النساء - فإن اسم النساء ينتظم الأمة المنكوحة ، كما في الظاهر فإن آيته مذكورة بلفظ النساء ويتناول الأمة المنكوحة (ولا يجوز للعبد أن يتزوج أكثر من ثنتين . وقال مالك : يجوز لأنه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده)

ولنا أن الرق منصف فيتزوّج العبد اثنتين والحرّ أربعا إظهارا لشرف الحرية . قال (فإن طلق الحر إحدى الأربع طلاقا بائنا لم يحز له أن يتزوّج رابعة حتى تنقضي عدتها) وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وهو نظير نكاح الأخت في عدة الأخت . قال (فإن تزوّج حبلى من زنا جاز النكاح ولا يطؤها حتى تضع حملها) وهذا عند

وبدليل أنه يملك أصل النكاح بالإذن ١ فلو كان مملوكا في حقه لم يملكه كما لم يملك المال فلما ملكه ساوى الحر فيه . وجواب الأول أن السبي أحد أسباب ملك الرقبة فمحلله المال لا النكاح فلذا لم تقع الفقرة . وجواب الثاني أن ملك أصل الشيء لا يمنع التنصيف إذا تحقق ما يوجب كالأمة تملك طلب أصل الوطء من زوجها ويتنصف قسمها (قوله ولنا أن الرق منصف) توضيح مراده أن الحل الثابت بالنكاح مشترك بين الزوجين حتى إن للمرأة المطالبة بالاستمتاع ، وقد نصف الرق للمرأة ما لها من ذلك الحل حتى إذا كانت تحت الرجل حرة ، وأمة يكون للحرّة ليلتان وللأمة ليلة ، فلما نصف رقها ما لها وجب أن ينصف رقه ماله وللحرّ تزوج أربع وللعبد ثنتان . بقي أن يستدل له بقوله تعالى - فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع - نظرا إلى عموم المخاطبين في الأحرار والعبيد كما استدلل به المصنف على الشافعي في إطلاق الزائد على الأمة نظرا إلى العموم في الحرائر والإماء . لكن قد يقال : إن المخاطبين هم الأحرار بدليل آخر الآية وهو قوله تعالى - فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو مملكت أيمانكم - فإن المخاطب بهداهم المخاطبون الأولون ولا ملك للعبد فلزم كون المراد الأحرار (قوله فإن تزوج حبلى من زنا) من غيره (جاز النكاح) خلافا لأبي يوسف ، وقول الشافعي رحمه الله كقولنا وقول الآخرين وزفر كقول أبي يوسف . أما لو كان الحبل من ناز منه جاز النكاح بالاتفاق كما في الفتاوى الظهيرية محالا إلى التوازل . قال : رجل تزوج حاملا من زنا منه فالنكاح صحيح عند الكل ، ويحل وطؤها عند الكل . وإذا جاز في الخلافية عندهما ولا يطؤها هل تستحق النفقة ؟ ذكر التمراشي لافقة لها ، وقيل لها النفقة ، والأول أوجه لأن النفقة وإن وجبت من العقد الصحيح عندنا لكن إذا لم يكن مانع من الدخول من جهتها ، بخلاف الحائض فإن عذرهما سماوى وهذا يضاف إلى فعلها الزنا ، وعن محمد كقول أبي يوسف ، وكما لا يباح وطؤها لا يباح دواعيه ، وقيل لا بأس بوطئها ، ونقل عن الشافعي كأنه يقيسه على التي زنت حيث جاز تزوّجها وحل وطؤها في الحال مع احتمال العلوق ، فعلم أن العلوق من الزنا لا يمنع الوطء والإلزام مع تجويزه في مقام الاحتياط وليس بشيء لأن الفرق بين المحقق والموهوم في الشغل الحرام ثابت شرعا لورود عموم التهي في المحقق ، وهو ما روى رويغ

لأنه يملك أصل النكاح بالإجماع ولو لم يكن بمنزلة الحر في حق النكاح لما ملكه ، كما أنه لا يملك المال ولهذا قال جاز له أن يتزوّج بغير إذن مولاه كما أن له أن يطلق بغير إذنه (ولنا أن الرق منصف) على ماسيجىء في الطلاق كما وعده المصنف (فيتزوّج العبد اثنتين والحرّ أربعا إظهارا لشرف الحرية) وتملكه أصل النكاح لا يمنع التنصيف بالرق كالأمة المنكوحة فإنها تملك طلب القسم ويتنصف قسمها . وقوله (فإن طلق الحر) ظاهر قال (فإن تزوّج حبلى من الزنا) الحامل إذا تزوجت فلما أن يكون الحمل ثابت النسب أو لا ، فإن كان الأول فالنكاح باطل في قولهم جميعا ، وإن كان الثاني قال أبو حنيفة ومحمد : جاز النكاح ، ولا يطؤها حتى تضع حملها

(١) (قوله بالإذن) الموافق لما في المصنف بغير إذن ، ولعله تحريف تأمل . فالخلاص أن الصواب بلا إذن بدليل ما بعده له ، كذا

بهاش نسخة العلامة البحر اوى سقطه الله كتبه مصححه .

أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف رحمه الله : النكاح فاسد (وإن كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالإجماع) لأنني يوسف رحمه الله أن الامتناع في الأصل لحرمة الحمل ، وهذا الحمل محترم لأنه لاجنابة منه ، ولهذا لم يجوز إسقاطه . ولهما أنها من المحللات بالنص وحرمة الوطء كي لا يسقي ماءه زرع غيره ، والامتناع في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني (فإن تزوج حاملا من السبي فالنكاح فاسد) لأنه ثابت النسب

ابن ثابت الأنصاري قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره » يعني إتيان الحبالى . رواه أبو داود والترمذي وقال : حديث حسن (قوله أن الامتناع في الأصل) يعني ثابت النسب . حاصله قياس الحامل من الزنا على الحامل بثابت النسب في حكم هو عدم صحة العقد عليهما فعين علة الأصل كون حملها محترما فيمنع ورود الملك على محله ، وهذا كذلك بدليل أنه لا يجوز إسقاطه وأنه لاجنابة منه فيمنع الملك . واستدل المصنف رحمه الله بعموم - وأحل لكم ما وراء ذلكم - وحين علم أنه يرد من قبل أبي يوسف أن هذا مخصوص على ما قبل فيجوز تخصيصه بالقياس احتاج إلى منع علته فقال : لا نسلم أن علة المنع في الأصل احترام الحمل بل احترام صاحب الماء وهي متفية في الفرع إذ لحرمة للزاني . ومنهم من يزيد في تعيين العلة فيقول الامتناع في الأصل لحرمة الحمل فيصان عن سقيه بماء حرام ، وقد زاد أيضا فيقال : فيصان عن سقيه ، ولما لم يجوز الوطء لحرمة السقي لم يصح العقد لأن كل عقد لا يترتب عليه حكمه لا يصح ، وهي زيادة توجب النقص إنما يحتاج إليها لو قلنا بصحة العقد وحل الوطء ولم نقل به فيقال : إن قلت لا يترتب مطلقا منعناه أو في الحال فقط منعنا اقتضاءه البطلان وإلا لم يصح نكاح الخائض والنفساء ، إلا أن أبا يوسف رحمه الله يدفع التعليل بحرمة الماء بأنه لو كان لحقه بلحاظ بأمره ، فالأولى لتعليل المنع في الأصل بلزوم الجمع بين الفرائض وهو السبب في امتناع العقد على المحصنات من المؤمنات وهو متنف في الحبل من الزنا . وقد يقال : إن هذا الدفع مغالطة خيل أن حرمة واحد وهو معنى الحق ، وليس كذلك فإن معنى حرمة أن الشارع أثبت له من الحرمة منع العقد على محل مائه مادام قائما ، وحرمة لا تسقط بإذنه في العقد ، إلا أن هذا يقتضي صحة العقد على المسبية الحامل والمهاجرة ، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله ، وأما على ظاهر المذهب فلا ، فالمطرود ما ذكرنا على ما هو رواية الحسن أنسب بالتعليل بحرمة صاحب الماء . واعلم أن في سنن أبي داود عن رجل من الأنصار

(وقال أبو يوسف : النكاح فاسد لأن الامتناع في الأصل) أى في الحمل الثابت بالنسب إنما كان (لحرمة الحمل ، وهذا الحمل محترم لأنه لاجنابة منه ، ولهذا لم يجوز إسقاطه) . والحاصل أنه قاس حمل الزنا على الحمل الثابت النسب بعله حرمة الحمل (ولهما أنها من المحللات بالنص) وهو قوله تعالى - وأحل لكم ما وراء ذلكم - وكل من كانت كذلك جاز نكاحها . فإن قلت : ما بال الحمل الثابت النسب لم يدخل تحت هذا النص ؟ قلت : لمكان قوله تعالى - ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله - فإن قيل : لو كانت من المحللات لحل وطؤها بعد ورود العقد عليها . أجب بقوله (وحرمة الوطء كي لا يسقي ماءه زرع غيره) وحرمة الوطء لعارض يحتمل الزوال لا يستلزم فساد النكاح كما في حالة الحيض والنفساء . وقوله (والامتناع في ثابت النسب) جواب عن قياس أبي يوسف . وتقريره : لا نسلم أن فساد النكاح لحرمة الحمل بل إنما هو (لحق صاحب الماء ولا حرمة لماء الزاني) وقوله (فإن تزوج حاملا من السبي) صوره أن تسبي الحرية حاملا فيريد السابي أن يتزوجها لا يجوز ما لم تضع الحمل ،

(١) (قوله على ما هو رواية الحسن ، إلى قوله واعلم) هذه زيادة ثبتت في بعض النسخ فمررها كتبه مصنفه .

(وإن زوج أم ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل) لأنها فراش لمولاه حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة ، فلو صحح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين ، إلا أنه غير متأكد حتى ينتفى الولد بالنفي من غير لعان فلا يعتبر مالم يتصل به الحمل :

يقال له نضرة بن أكرم من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « تزوجت امرأة على أنها بكر في سترها ، فدخلت عليها فإذا هي حبل ، فقال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم : لها الصداق بما استحلت من فرجها ، والولد عبد لك ، وفرق بيننا . وقال : إذا وضعت فحدوها » وهو ظاهر في عدم صحة نكاح الحامل من زنا لقوله « وفرق بيننا » إلا أن يحمل على تفريق الأبدان فقط بأن منعه من الخلوة بها إلى أن تلد ، مع أن فيه من المنسوخات جعل الولد عبدا ، إلا أن يحمل على إرادة أنه يصير بخدمك ، وهو يوافق حل التفريق على المنع من مجرد المخالطة وهو أولى لاستبعاد إرادة جعل الولد عبدا يبيعه الزوج بالنسبة إلى مقابله لقلّة نظيره في الشرع فيجعل هذا قرينة إرادة التفريق عن المخالطة لا في العقد . وهذا لأن الظاهر أنه إنما يكون بحيث يخدمه من غير ملك فيه إذا كان مع أمه عنده ، وهذا كله إذا ثبت هذا الحديث (قوله فالنكاح باطل) وذكر الفاسد فيما تقدم ولا فرق بينهما في النكاح بخلاف البيع (قوله لأنها فراش لمولاه) لثبوت حدّ الفراش وهو كون المرأة متعينة لثبوت نسب ولدها من الرجل إذا أتت به ، فلو صحح حصل الجمع بين الفراشين وهو سبب الحرمة في المحصنات من النساء (قوله إلا أنه غير متأكد الخ) جواب عما قد يقال : لو كانت فراشا لم يمز تزويجها وهي حائل كما لا يجوز وهي حامل : فأجاب بأن فراشا غير متأكد ، ويتأكد باتصال الحبل بها منه ، فإن الحبل مانع في الجملة ، وكذا الفراش فيقع التأكد باجتماعهما فيتهمض سببا للمنع ، بخلاف حالة عدمه . واستدل على عدم تأكده بانتفاء نسب ولدها بالنفي من غير لعان ، فظهر أن المانع ليس مطلقا بل المتأكد منه إما بنفسه وهو فراش المنكوحة أو بالحبل . قالوا : الفرش ثلاثة : قوى وهي المنكوحة فلا ينتفى ولدها إلا باللعان . ومتوسط وهو فراش أم الولد فيثبت نسب ولدها من غير دعوة وينتفى بمجرد النفي : وضعيف لا يثبت نسب الولد منه إلا بدعوة وهو فراش الأمة التي لم يثبت لها أمومية الولد : والذي يقتضيه كلام صاحب الهداية بصريحه أن الأمة ليست بفراش أصلا على ما ذكره في المسئلة

لأن النسب من زوجها ثابت فكان الماء محترما واجب الصيانة وكذلك حكم المهاجرة : وقوله (وإن زوج أم ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل لأنها فراش لمولاه) لوجود حدّه وهو صيرورة المرأة متعينة لثبوت نسب الولد منه ، وكل من كانت فراشا لشخص لا يجوز نكاحها لثلاث يحصل الجمع بين الفراشين فإنه سبب الحرمة في المحصنات من النساء . فإن قيل : لو كانت فراشا لبطل نكاحها حائلا أيضا . أجب بقوله (إلا أنه غير متأكد حتى ينتفى الولد بالنفي من غير لعان) وكان فراشا ضعيفا (فلا يعتبر مالم يتصل به الحمل) لأن الحمل مانع في الجملة ، وكذلك الفراش ، فعند اجتماعهما يحصل التأكد . فإن قيل : إذا كان غير متأكد وينتفى الولد بالنفي من غير لعان وجب أن يكون الإقدام على النكاح نفيا للنسب فإنه يقبل النفي دلالة ، كما إذا قال لجارية له ولدت ثلاثة أولاد في بطون مختلفة هذا الأكبر مني ، فإنه ينتفى نسب الباقيين ، وإذا انتفى نسبه كان حلالا غير ثابت النسب ، وفي مثله يجوز النكاح كما تقدم . أجب بأن هذه دلالة ، والدلالة إنما تعمل إذا لم يخالفها صريح ، والصريح ههنا موجود لأن

(قوله لأن النسب من زوجها ثابت فكان الماء محترما) أقول : فيه أنه لما لم يكن لصاحب الماء فينبغي أن يجوز النكاح (قوله لأنها فراش لوجود حدّه وهو صيرورة المرأة متعينة لثبوت نسب الولد منه) أقول : فينبغي التأويل في قوله لأنها فراش

قال (ومن وطئ جاريته ثم زوجها جاز النكاح) لأنها ليست بفراش لمولاها فإنها لو جاءت بولد لاثبت نسبه من غير دعوة إلا أن عليه أن يستبرئها صيانة لمائه ، وإذا جاز النكاح (فللزوج أن يطأها قبل الاستبراء) عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله: لا أحبّ له أن يطأها حتى يستبرئها لأنه احتمال الشغل بماء المولى فوجب التنزه

التي تلى هذه ، وعالله بعدم صدق حدّ الفراش عليها بقوله (فإنها لو جاءت بولد لاثبت نسبه من غير دعوة) فيلزم إما انحصاره في الفراش القوي والضعيف ، وإما اعتبار الفرس الثلاثة في أم الولد والمنكوحه ، فأم الولد الحائل فراش ضعيف فيجوز تزويجها ، والحامل متوسط لنوع من التأكد فيمتنع ، وحكمه انتفاء الولد بمجرد النفي ، والمنكوحه هي الفراش القوي وهو الأوجه . وأورد إذا كان ولدها ينتني بمجرد النفي ينبغي أن يجوز النكاح ويكون نفيا دلالة ، فإن النسب كما ينتني بالصريح ينتني بالدلالة بدليل مسألة الأمة جاءت بأولاد ثلاثة فادعى المولى أكبرهم حيث يثبت نسبه وينتني نسب غيره بدلالة اقتصراره في الدعوة على بعضهم . أجيب بأن النفي دلالة إنما يعمل إذا لم يكن صريح بخلافه ، وهنا كذلك . إذ صورة المسألة أن الحمل منه حيث قال: رجل زوج أم ولده وهي حامل منه كذا في الظهيرية . وعلى هذا لو زوج أم ولده وهي حامل قبل أن يعترف بالحمل بعد العلم به ينبغي أن يجوز النكاح ويكون نفيا (قوله ومن وطئ جاريته ثم زوجها جاز النكاح لأنها ليست بفراش لمولاها) هذا تعليل للجواز بنفي جنس علة المنع من التزويج فضلا عن نفيا بعينها فلذا لا يقتضي أن وجود الفراش مطلقا يمنع والإلزام في أم الولد الحائل لأن علة المنع فراش مخصوص وهو القوى بنفسه أو بالتأكد لا مطلق الفراش ، ثم بين نفي الفراش بنفي حده بقوله لأنها لو جاءت بولد لاثبت نسبه من غير دعوة (قوله إلا أن عليه أن يستبرئها) أى بطريق الاستحباب لا الحتم ، وليس استبراء المولى المذكور في الجامع الصغير بل في كلام المصنف ، وصرح الولوالجي بالاستحباب (قوله وإذا جاز) يعني جاز النكاح بدون استبراء من المولى ، فإن خلاف محمد في استبراء الزوج إنما هو فيه ،

المسألة فيما إذا كان الحمل منه فإنه قال رجل زوج أم ولده وهي حامل منه وإنما يكون الحمل منه إذا أقرّ به ، وإنما ذكر لفظ الفاسد في المسئتين المتقدمتين ولفظ الباطل ههنا وإن كان المراد بالفاسد هناك الباطل أيضا على ما ذكره فخر الإسلام وقال : لأن ثبوت الملك في باب النكاح مع المنافي إنما هو لضرورة تحقق المقاصد من حل الاستمتاع للتوالد والتناسل ، فلا حاجة إلى عقد لا يتضمن المقاصد ولا يثبت به الملك لأن الحرمة في المتقدمتين أهون ، أما في الحمل من الزنا فلأن الحرمة فيها مختلف فيها وهو ظاهر ، وأما في المسية فكذلك على ما روى الحسن عن أبي حنيفة أنها إذا تزوجت جاز النكاح ولكن لا يقربها زوجها حتى تضع حملها (ومن وطئ جاريته ثم زوجها جاز النكاح لأنها ليست بفراش لمولاها) لعدم حدّ الفراش الذي ذكرناه (فإنها لو جاءت بولد لاثبت نسبه من غير دعوة إلا أن عليه) أى على المولى أن (يستبرئها) قال الشارحون : معنى عليه الاستحباب دون الوجوب ، وذلك لأن اللفظ غير مذكور في الجامع الصغير ، وإنما ذكره المصنف فيقال : إنه أراد به الاستحباب صيانة لمائه ، وقد صرح في فتاوى الولوالجي بالاستحباب (وإذا جاز النكاح جاز للزوج أن يطأها قبل الاستبراء عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : لا أحبّ له أن يطأها حتى يستبرئها لأنه احتمال الشغل بماء المولى)

(قوله معنى عليه الاستحباب الخ) أقول: أى معنى لفظ عليه الاستحباب دون الوجوب ، إلا أنه سيجيء في باب نكاح أهل الشرك التصريح

كما في الشراء . ولهما أن الحكم بجواز النكاح أمانة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا .

ولذا قال الفقيه أبو الليث رحمه الله في قول محمد : لا أحب له : أي للزوج أن يطأها حتى يستبرئها ، لأنه احتمال الشغل بماء المولى . هذا الخلاف فيما إذا زوجها المولى قبل أن يستبرئها ، فلو استبرأها قبل أن يتزوجها جاز وطء الزوج بلا استبراء اتفاقا . وقد وفق بعض المشايخ بأن محمدا رحمه الله نفي الاستحباب وهما أثبتا جواز النكاح بدونه فلا معارضة فيجوز اتفاقهما على الاستحباب فلا نزاع ، فإن لفظه في الجامع : محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل وطئ جاريته ثم زوجها قال : للزوج أن يطأها قبل أن يستبرئها . وقال محمد : أحب له أن لا يطأها حتى يستبرئها . وليس فيه استبراء المولى أصلا ، وفيه تصريح محمد بالاستحباب للزوج . قيل قوله تفسير لقول أبي حنيفة ، وقيل بل هو قوله خاصة وهو ظاهر السوق . وصريح قول المصنف لا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا يخالفه . ثم القياس المذكور لمحمد إنما مقتضاه وجوب الاستبراء فإن أصل قياسه الشراء ، وإنما يتعدى بالقياس حكم الأصل وحكمه وجوب الاستبراء ، فإن كان المصنف أخذه من كلام محمد في بعض تصانيفه فهو يفيد الوجوب لا الاستحباب . وغاية الأمر أن قوله أحب إلى ظاهر في الاستحباب . ودليله يوجب أن مراده الوجوب ، فاعتباره أولى لأن الاستدلال بما لا يطابق الدعوى أبعد من إطلاق أحب أن يفعل كذا في واجب ، وكثيرا ما يطلق المتقدمون : أكره كذا في التحريم أو كراهة التحريم وأحب مقابله ، فجاز أن يطلق في مقابله وهو الوجوب . ثم لو أورد على محمد رحمه الله أن التوهم لا يصلح علة للوجوب بل للندب كما في غسل اليدين عقيب النوم لتوهم النجاسة كان له أن يجيب بأن ذلك في غير الفروج ، أما فيها فالمعهود شرعا جعله متعلق الوجوب ، ومنه نفس أصل هذا القياس ، فإن علة وجوب الاستبراء في التحقيق على المشتري ليس إلا توهم الشغل بالماء الحلال . واعتبار استحداث الملك علة إنما هو لضبطه للحكمة التي هي العلة في الحقيقة على ما عرف ، وإن كان الاستدلال من عند المصنف فهو المأخذ بعدم المطابقة (قوله ولهما أن الحكم بجواز النكاح أمانة الفراغ) أورد عليه أنه ممنوع ، فإن الحكم بجواز النكاح ثابت في الحامل من الزنا ، ومجموع ما ذكر فيه ثلاثة أجوبة : جواب صاحب النهاية بأنه طرد لانقضاء ، فإن جواز النكاح ثابت في الصورتين بالمقتضى وهو قوله تعالى - وأحل لكم ماوراء ذلكم - إلا أن الوطء هناك حرم لوجود الشغل حقيقة كى لا يسقى ماءه زرع غيره فلم يدل جواز النكاح هناك على حل الوطء للحمل ، أما هنا لاحتل حقيقة ، فلو كان إنما كان حكما وشرعا فكان جواز النكاح شرعا

ولو تحقق الاشتغال بماء الغير كان الوطء حراما ، فإذا احتمل ذلك ثبت التنزه (كمل في الشراء) فإن الموجب فيه اجتماع الشغل ، لكن جواز الإقدام على النكاح أوردت ضعفا في السبب فيكون مستحبا . ولهما أنا قد اتفقنا على جواز النكاح من غير حبل زان ، والحكم بجواز النكاح في مثله أمانة فراغ الرحم لأن النكاح لم يشرع إلا على رحم فارغ عن شاغل محترم ، وإن كان الرحم فارغا لا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا إذ الحكم لا يثبت بلا سبب ، وإنما قدم الاستحباب وكان حقه التأخير لأن نفيه يستلزم نفي الوجوب فكان تقديمه يوجب الاستثناء عن نفي الوجوب ، ، إما لأن الخصم يقول به فكان نفيه أهم ، وإما ليتصل بقوله بخلاف الشراء

من الشراح بوجوب الاستبراء وجوبا ضعيفا (قوله إلا على رحم فارغ عن شاغل محترم الخ) أقول : فيه نوع مخالفة لما سبق آنفا حيث أجابا عن أبي يوسف رحمه الله في مسئلة نكاح الحامل من الزنا ، ويجوز أن يقال : المراد احترامه لصاحب الماء (قوله لأن نفيه يستلزم نفي الوجوب) أقول : ممنوع كما لا يخفى .

بخلاف الشراء لأنه يجوز مع الشغل (وكذا إذا رأى امرأة تزنى فتزوجها حل له أن يطأها قبل أن يستبرئها عندهما ، وقال محمد : لا أحب له أن يطأها ما لم يستبرئها) والمعنى ما ذكرنا . قال (ونكاح المتعة باطل) وهو أن يقول لامرأة أتمتع بك كذا مدة بكذا من المال

أما الفراق دليل فراغ الرحم حكما . وجواب شارح الكنز وغيره بتخصيص الدعوى ، فإن مرادنا أنه أمانة الفراق عن حمل ثابت النسب . أو نقول : هو دليل الفراق في المحتمل لا فيما تحقق وجوده ، وإليه يرجع جواب صاحب النهاية إذا تأملت وهو الأولى : أعني كونه دليل الفراق في المحتمل ومحل النزاع محتمل ، ومع الحكم بالفراق لا يثبت توهم الشغل شرعا فلا موجب لاستحباب الاستبراء ، لكن صحته موقوفة على دليل اعتبارها أمانة الفراق عنه لأن حاصله ادعاء وضع شرعى ، والإجماع إنما عرف على مجرد الصحة ، أما على اعتبارها دليل الفراق في المحتمل دون المتحقق فلا . واختار الفقيه أبو الليث قول محمد رحمه الله لأنه أحوط . وهذا وعند زفر لا يجوز للرجل أن يتزوجها حتى تحيض ثلاث حيض بناء على أصله وهو وجوب العدة للزوج بعد كل وطء ولو زنا (قوله وكذا إذا رأى امرأة تزنى فتزوجها حل له وطؤها قبل أن يستبرئها عندهما . وقال محمد : لا أحب له أن يطأها ما لم يستبرئها) وعند زفر : لا يصح العقد عليها ما لم تحض ثلاث حيض لما قلناه عنه ، وقيل يكفي حيضة (قوله والمعنى) أى في حل وطء الزانية إذا تزوجت عقيب العلم بزناها عندهما بلا استبراء وعند محمد بعده (ما ذكرنا) لهما من أن الصحة أمانة الفراق في المحتمل فلا موجب للاستبراء والحكم لا يثبت بلا سبب ، وعند محمد الوطء موجب توهم الشغل فتستبرأ كالمشترأة (قوله ونكاح المتعة باطل وهو أن يقول لامرأة) خالية من الموانع (أتمتع بك كذا مدة) عشرة أيام مثلا أو يقول أياما أو متعني نفسك أياما أو عشرة أيام أو لم يذكر أياما (بكذا من المال) قال شيخ الإسلام في الفرق بينه وبين النكاح الموقت أن يذكر الموقت بلفظ النكاح والتزويج وفي المتعة أتمتع أو أستمتع اه . يعنى ما اشتمل على مادة متعة . والذي يظهر مع ذلك عدم اشتراط الشهود في المتعة وتعيين المتعة ، وفي الموقت الشهود وتعيينها ، ولا شك أنه لا دليل لهؤلاء على تعيين كون نكاح المتعة الذى أباحه صلى الله عليه وسلم ثم حرمه هو ما اجتمع فيه مادة متع للقطع من الآثار بأن المتحقق ليس إلا أنه أذن لهم في المتعة ، وليس معنى هذا أن من باشر هذا المأذون فيه يتعين عليه أن يحاطبها بلفظ أتمتع ونحوه لما عرف من أن اللفظ إنما يطلق

فإن الاستبراء فيه واجب . ومن تذكر ماسلف من المسائل يظن لما ذكرنا من القيود التى لم يصرح بذكرها المصنف استغناء عنها بما تضمن كلامه فيها سلف ، وقوله (بخلاف الشراء) جواب عن قياس محمد صورة النزاع على الشراء بالفارق وهو أن الشراء مع الشغل جائز دون النكاح ، فالحكم بجواز النكاح أمانة الفراق وإلا لكان حكما بما لا يجوز ولا كذلك في الشراء فيجب الاستبراء . وقوله (وكذا إذا رأى امرأة تزنى) ظاهر : وقيل ينبغي أن لا تحل لأن احتمال الشغل قائم ، ودليل الحرمة عند معارضة دليل الحل راجح . وأجيب بأنه تعارض الاحتمال لأن احتمال وجود الحل وعلمه ، فعند ذلك رجحنا جانب عدم لأصالته ولتقوى الأصالة هنا بعدم حرمة صاحب الماء . قال (ونكاح المتعة باطل) صورة المتعة ما ذكره في الكتاب (أن يقول الرجل لامرأة أتمتع بك كذا مدة بكذا من المال) أو يقول نخذى منى هذه العشرة . لأستمتع بك أياما ، أو متعني نفسك أياما أو عشرة أيام أو لم يقل أياما ،

(قوله وأجيب بأنه تعارض الاحتمال) أقول : ويجوز أن يجاب أيضا بأننا قد اتفقنا على جواز النكاح الخ على ما مر ، ويدل على ذلك

وقال مالك رحمه الله : هو جائز لأنه كان مباحا فيبقى إلى أن يظهر ناسخه . قلنا : ثبت النسخ بإجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم ، وابن عباس رضي الله عنهما صح رجوعه إلى قولهم فتقرر الإجماع ،

ويراد معناه ، فإذا قال تمتعوا من هذه النسوة فليس مفهومه قولوا أتمتع بك بل أوجدوا معنى هذا اللفظ ، ومعناه المشهور أن يوجد عقدا على امرأة لا يراد به مقاصد عقد النكاح من التزويج والولد وتربيته بل إلى مدة معينة ينتهي العقد بانتهائها أو غير معينة بمعنى بقاء العقد ما دمت معك إلى أن أنصرف عنك فلا عقد . والحاصل أن معنى المتعة عقد موقت ينتهي بانتهاء الوقت فيدخل فيه ما بمادة المتعة والنكاح الموقت أيضا فيكون النكاح الموقت من أفراد المتعة وإن عقد بلفظ التزويج وأحضر الشهود وما يفيد ذلك من الألفاظ التي تفيد التواضع مع المرأة على هذا المعنى . ولم يعرف في شيء من الآثار لفظ واحد من باشرها من الصحابة رضي الله عنهم بلفظ تمتعت بك ونحوه والله أعلم (قوله وقال مالك هو جائز) نسبه إلى مالك غلط . وقوله (لأنه كان مباحا فيبقى إلى أن يظهر النسخ) هذا متمسك من يقول بها كابن عباس رضي الله عنهما (قلنا قد ثبت النسخ بإجماع الصحابة رضي الله عنهم) هذه عبارة المصنف ، وليست الباء سببية فيها فإن المختار أن الإجماع لا يكون ناسخا ، اللهم إلا أن يقدر محذوف : أي بسبب العلم بإجماعهم : أي لما عرف إجماعهم على المنع علم أنه نسخ بدليل النسخ أو هي للمصاحبة : أي لما ثبت إجماعهم على المنع علم معه النسخ . وأما دليل النسخ بعينه فما في صحيح مسلم « أنه صلى الله عليه وسلم حرّمها يوم الفتح » وفي الصحيحين « أنه صلى الله عليه وسلم حرّمها يوم خيبر » والتوفيق أنها نسخت مرتين . قيل ثلاثة أشياء نسخت

وحذا عندنا باطل (وقال مالك هو جائز) وهو الظاهر من قول ابن عباس (لأنه كان مباحا) بالاتفاق (فيبقى إلى أن يظهر ناسخه . قلنا : قد ظهرنا ناسخه بإجماع الصحابة) وبيان ذلك أنه وردت الأحاديث الدالة على نسخها : منها ما روى محمد بن الحنفية عن علي بن أبي طالب « أن منادى رسول الله صلى الله عليه وسلم نادى يوم خيبر : ألا إن الله ورسوله ينهيانكم عن المتعة » . ومنها حديث الربيع بن سبرة قال : « أحل رسول الله صلى الله عليه وسلم المتعة عام الفتح ثلاثة أيام ، فجئت مع ابن عم لي إلى باب امرأة ومع كل واحد منا بردة ، وكانت بردة ابن عمي أحسن من بردتي ، فخرجت امرأة كأنها دمية عطاء فجعلت تنظر إلى شباني وإلى بردته ، فقالت : هلا بردة كبردة هذا أو شبانا كشباب هذا ؟ ثم آثرت شباني على بردته ، فبت عندها ، فلما أصبحت إذا منادى رسول الله صلى الله عليه وسلم ينادى : ألا إن الله ورسوله ينهيانكم عن المتعة ، فأنهى الناس عنها » ثم أجمع الصحابة على أن المتعة قد انتسخت في حياة النبي صلى الله عليه وسلم فكانت الأحاديث ناسخة والإجماع مظهرا لأن نسخ الكتاب والسنة بالإجماع ليس بصحيح على مذهب الصحيح . فإن قيل : أين الإجماع وقد كان ابن عباس مخالفا ؟ أجاب بقوله (وابن عباس صح رجوعه إلى قولهم) روى جابر بن زيد أن ابن عباس ما خرج من الدنيا حتى رجع عن قوله في الصرف والمتعة (فتقرر الإجماع) وقيل في نسبة جواز المتعة إلى مالك نظر لأنه روى الحديث في الموطأ عن

قول المصنف والمعنى ما ذكرنا (قال المصنف : قلنا ثبت النسخ بالإجماع) أقول : قال ابن المصنف : ليست الباء سببية ، فإن المختار أن الإجماع لا يكون ناسخا إلا أن يقدر محذوف أي بسبب العلم بإجماعهم : أي لما عرف إجماعهم على المنع علم أنه نسخ بدليل النسخ أو هي للمصاحبة : أي لما ثبت إجماعهم على المنع علم معه النسخ اه . ويجوز أن يريد بثبوت النسخ ثبوته العلم (قوله فإن قيل : أين الإجماع وقد كان ابن عباس مخالفا للجماع) أقول : هذا نقل النسخ فلا تصر مخالفة ابن عباس . قلنا : نعم ، لكن مراد المصنف أن الصحابة رضي الله تعالى عنهم أجمعوا هل نقله ، ولاهم ذلك بمخالفته فليأمله .

(والنكاح الموقت باطل) مثل أن يتزوج امرأة بشهادة شاهدين إلى عشرة أيام ،

مرتين : المتعة ، ولحوم الحمر الأهلية ، والتوجه إلى بيت المقدس في الصلاة . وقيل لا يحتاج إلى النسخ لأنه صلى الله عليه وسلم إنما كان أباحها ثلاثة أيام فبانقضائها تنتهى الإباحة ، وذلك لما قال محمد بن الحسن في الأصل : « بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أحل المتعة ثلاثة أيام من الدهر في غزاة غزاها اشتد على الناس فيها العزوبة ثم نهى عنها » . وهذا لا يفيد أن الإباحة حين صدرت كانت مقيدة بثلاثة أيام ولذا قال ثم نهى عنها . وهو يشبه ما أخرجه مسلم عن سبرة بن معبد الجهني قال : « أذن لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمتعة ، فانطلقت أنا ورجل إلى امرأة من بني عامر كأنها بكرة عطاء فعرضنا عليها أنفسنا فقالت : ماتعطيني ؟ فقلت ردائي وقال صاحبي ردائي ، وكان رداء صاحبي أجود من ردائي وكنت أنا أشب منه ، فإذا نظرت إلى رداء صاحبي أعجبها ، وإذا نظرت إلى أعجبها ، ثم قالت : أنت وردائك تكفيني ، فكشيت معها ثلثا ، ثم إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من كان عنده شيء من هذه النساء التي يتمتع بهن فليخل سبيلها » فهذا مثله من حيث أنه إنما يدل على أن الإباحة أقامت ثلثا لا أنها تعلقت مقيدة بالثلاث فلا بد من النسخ . وفي صحيح مسلم عنه صلى الله عليه وسلم « كنت أذنت لكم في الاستمتاع بالنساء وقد حرم الله ذلك إلى يوم القيامة » والأحاديث في ذلك كثيرة شهيرة . وأما ظاهر الألفاظ التي تعطى الإجماع فما أخرجه الحازمي بسنده إلى جابر « خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى غزوة تبوك ، حتى إذا كنا عند العقبة مما يلي الشام جاءت نسوة فذكرنا تمتعنا منهن وهن يظعن في رحالنا ، فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فنظر إليهن وقال : من هؤلاء النسوة ؟ فقلنا : يا رسول الله نسوة تمتعنا منهن ، فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى احمرت وجنتاه وتمعر وجهه ، وقام فينا خطيبا فحمد الله وأثنى عليه ثم نهى عن المتعة ، فتوادعنا يومئذ الرجال والنساء ولم نعد ولا نعود إليها أبدا » وابن عباس صح رجوعه بعد ما اشتهر عنه من إباحتها ، فمما ذكر من رجوعه أن عليا قال له : إنك رجل تائه وإن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء » . وفي صحيح مسلم « أن عليا رضي الله عنه سمع ابن عباس يلين في متعة النساء فقال : نهى يا ابن عباس ، فإني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنها يوم خيبر ، وعن لحوم الحمر الإنسية » . وهذا ليس صريحا في رجوعه بل في قول علي له ذلك ، ويدل على أنه لم يرجع حين قال له على ذلك ما في صحيح مسلم عن عروة بن الزبير « أن عبد الله بن الزبير قام بمكة فقال : إن ناسا أعمى الله قلوبهم كما أعمى أبصارهم يفتنون بالمتعة يعرض برجل فناده فقال : إنك بلحلف جاف ، فلعمري لقد كانت المتعة تفعل في عهد إمام المتقين ، يريد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال له ابن الزبير : فجرب نفسك ، فوالله لئن فعلتها لأرجنك بأحجارك » الحديث ، ورواه النسائي أيضا ، ولا تردد في أن ابن عباس هو الرجل المعرض به وكان رضي الله عنه قد كف

ابن شهاب عن عبد الله والحسن بن محمد بن علي عن أبيهما عن علي بن أبي طالب « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء يوم خيبر ، وعن أكل لحوم الحمر الإنسية » . وقال في المدونة : ولا يجوز النكاح إلى أجل قريب أو بعيد وإن سمي صداقا وهذه المتعة . وأقول : يجوز أن يكون شمس الأئمة الذي أخذ منه المصنف قد اطلع على قول له على خلاف ما في المدونة ، وليس كل من يروى حديثا يكون واجب العمل لجواز أن يكون عنده ما يعارضه أو يرجح عليه . والنكاح الموقت باطل مثل أن يتزوج امرأة بشهادة شاهدين إلى عشرة أيام) . والذي يفهم من عبارة المصنف في الفرق بينهما شيان : أحدهما وجود لفظ يشارك المتعة في الاشتقاق كما ذكرنا آنفا

- ٢٤٩ -

وقال زفر رحمه الله : هو صحيح لازم لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة . ولنا أنه أتى بمعنى المتعة والعبرة في العقود للمعاني ،

بصره ، فلذا قال ابن الزبير كما أعمى أبصارهم ، وهذا إنما كان في خلافة عبد الله بن الزبير وذلك بعد وفاة علي ، فقد ثبت أنه مستمر القول على جوازها ولم يرجع إلى قول علي ، فالأولى أن يحكم بأنه رجع بعد ذلك بناء على ما رواه الترمذي عنه أنه قال : إنما كانت المتعة في أول الإسلام ، كان الرجل يقدم البلدة ليس له بها معرفة فيتزوج المرأة بقدر ما يرى أنه مقيم فتحفظ له متاعه وتصلح له شأنه ، حتى إذا نزلت الآية - إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم - قال ابن عباس : فكل فرج سواهما فهو حرام اهـ . فهذا يحمل على أنه اطلع على أن الأمر إنما كان على هذا الوجه فرجع إليه أو حكاه ، وقد حكى عنه أنه إنما أباحها حالة الاضطراب والعنت في الأسفار . أسند الحازمي من طريق الخطابي إلى المنهال عن سعيد بن جبيرة قال : قلت لابن عباس : لقد سارت بفتياك الركبان وقال فيها الشراء قال : وما قالوا ؟ قلت قالوا :

قد قلت للشيخ لما طال محبسه يا صاح هل لك في فتوى ابن عباس
هل لك في رخصة الأطراف آنسة تكون مثواك حتى يصدر الناس

فقال : سبحان الله ما بهذا أفنت وما هي إلا كالميتة والدم ولحم الخنزير لا تحل إلا للمضطر اهـ . ولهذا قال الحازمي : إنه صلى الله عليه وسلم لم يكن أباحها لهم وهم في بيوتهم وأوطانهم ، وإنما أباحها لهم في أوقات بحسب الضرورات حتى حرمها عليهم في آخر سنه في حجة الوداع ، وكان تحريم تأييد لاختلاف فيه بين الأئمة وعلماء الأمصار إلا طائفة من الشيعة (قوله وقال زفر هو جائر) . يعني النكاح الموقت هو أن يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة أيام « لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة بل تبطل هي ويصح النكاح ، فصار كما إذا تزوجها على أن يطلقها بعد شهر صح وبطل الشرط . أما لو تزوج وفي نيته أن يطلقها بعد مدة نواها صح ، ولا بأس بتزوج النهاريات وهو أن يتزوجها على أن يكون عندها نهارا دون الليل (قوله ولنا أنه أتى بمعنى المتعة والعبرة في العقود للمعاني) ولذا لو قال جعلتلك وكيفا بعد موتى انعقد وصية ، أو جعلتلك وصيا في حياتي انعقد وكالة ، ولو أعطى المال مضاربة وشرط الربح للمضارب كان قرضا أو لرب المال كان بضاعة : ولا يخفى أن على ماحققناه يكون الموقت من نفس نكاح المتعة فلا يحتاج إلى غير إبداء النسخ في دفع قول زفر . هذا ومقتضى النظر أن يرجع قوله لأن غاية الأمر أن يكون الموقت متعة وهو منسوخ ، لكن نقول : المنسوخ معنى المتعة على الوجه الذي كانت الشرعية عليه وهو ما ينتهي العقد فيه بانتهاء المدة ويتلاشى ، وأنا لا أقول به كذلك ، وإنما أقول انعقد مؤبدا ويلغو شرط التوقيت ، فحقيقة إلغاء شرط التوقيت هو أثر النسخ . وأقرب نظير إلى هذا نكاح الشغار وهو أن يتزوج الرجلان كل مولية الآخر على أن يكون بضع كل مهرا لمولية الآخر صح النهي عنه ، وقلنا : إذا عقد كذلك صح موجبا لمهر المثل لكل منهما ولم يلزمنا النهي لأننا لم نقل به كذلك موجبا للبضعين مهريين بل على إلغاء الشرط المذكور فلم

في نكاح المتعة . والثاني شهود الشاهدين في النكاح الموقت مع ذكر لفظ التزويج أو النكاح وأن تكون المدة معينة (وقال زفر هو صحيح لازم) لأن التوقيت شرط فاسد لكونه مخالفا لمقتضى عقد النكاح ، والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة (ولنا أنه أتى بمعنى المتعة) بلفظ النكاح لأن معنى المتعة هو الاستمتاع بالمرأة لا قصد مقاصد النكاح وهو موجود فيما نحن فيه لأنها لا تحصل في مدة قليلة (والعبرة في العقود للمعاني) دون الألفاظ ؛ ألا ترى

ولا فرق بين ما إذا طاللت مدة التأقيت أو قصرت لأن التأقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد

يلزمنا التهي ، فقول زفر مثل هذا سواء . وأما قياسه على ما لو تزوجها على أن يطلقها بعد شهر فأصل منضم إلى أصول شتى مما اشترط فيه من النكاح شرط مخالف لمقتضى العقد . وكونه غير صحيح من حيث إنه إنما عقد مؤبدا ولذا إذا انقضت المدة لا ينتهي النكاح بل هو مستمر إلى أن يطلقها يندفع بما ذكرنا مما يوجب أن أثر التوقيت في إبطاله مؤقتا لا في إبطاله مطلقا . فإن قلت : فلو عقد بلفظ المتعة وأراد النكاح الصحيح المؤبد هل يتعقد أو لا ؟ وإذا لم يتعقد هل يكون من أفراد المتعة ؟ فالجواب لا يتعقد به النكاح وإن قصد به النكاح وحضره الشهود ، وليس من نكاح المتعة لأنه لم يذكر فيه توقيت بل التأيد ، وإنما كان كذلك لأنه لا يصلح مجازا عن معنى النكاح لما في المبسوط من أنه لا يقيد ملك المتعة كالإحلال . قال : فإن من أحل لغيره طعاما أو أذن له أن يتمتع به لا يملكه وإنما يتلقه على ملك المبيع ، فكذلك إذا استعمل هذا اللفظ في موضع النكاح لا يثبت به الملك اهـ . يعني انتنى طريق المجاز الذى بيناه فى أول كتاب النكاح ، والله سبحانه أعلم (قوله ولا فرق بين ما إذا طاللت المدة أو قصرت) نرى لرواية الحسن عن أبى حنيفة أنهما إذا سميا مدة لا يعيشان إليها صح لتأبيده معنى . قلنا : ليس هذا تأبيدا معنى بل توقيت بمدة طويلة والمبطل هو التوقيت ، وقوله لأنه المعين لجهة المتعة يؤيد ما قدمناه من أن النكاح الموقت من أفراد المتعة . هذا وإذا انساق الكلام إلى أن الشرط الفاسد وهو اشتراط ما ليس مقتضى العقد لا يبطل النكاح بل يبطل هو ناسب أن يقرن به الكلام فى اشتراط الخيار فى النكاح ، فإذا تزوج على أنه بالخيار أو هى صح النكاح وبطل الخيار عندنا بناء على أن شرط الخيار كالهزل لأن الهزل قاصد للسبب غير راض بحكمه أبدا وشارط الخيار غير راض بحكمه فى وقت مخصوص . فإذا لم يمنع الهزل ثبوت حكمه للحديث « ثلاث جدهن جد وهزلن جد : النكاح ، والطلاق ، والرجعة » وقد أسلفنا تحريجه ، فشرط الخيار أولى أن لا يمنعه ، وإذا لم يمنع ثبوت حكمه وهو الملك من حين صدور العقد كان اشتراط الخيار شرطا فاسدا فيبطل . وأما خيار الرؤية فحقيقته لا تتوقف على اشتراطه فى موضع يثبت كالبيع ، بل إذا اشترى ما لم يره ثبت له الخيار بلا اشتراط والنكاح يتعقد بلا رؤية إجماعا فلا يتصور ثبوته فيه ، ولو فرض اشتراط خيار الفسخ إذا رآها كان شرطا فاسدا فيبطل ، وأما خيار العيب فلا يثبت لأحدهما فى الآخر إذا وجد معينا بمرض أو جذام أو رتق أو قرن أو عقل أو جنون أو مرض فالج أو غيره أيا كان عند أبى حنيفة وأبى يوسف سوى عيب الحب والعنة فيه على ما يأتى فى بابه خلافا للشافعى فى العيوب الخمسة القرن والرتق والجنون والجذام والبرص ، ولمحمد فى الثلاثة الأخيرة إذا كانت بحيث لا تنطبق المقام معه حيث يثبت لها خيار الفسخ . لنا ما روى عنه صلى الله عليه وسلم « أنه قال لئن تزوجها فوجدت بكسحها بياضا الحنى بأهلك » وهذا من كنايات الطلاق ، بل لا يبعد عدّه من صرائحه فى عرف العرب بالاستقراء فعرف أنه لا فسخ عن عيب

أن الكفالة بشرط براءة الأصل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الأصل كفالة . وقوله (ولا فرق بين ما إذا طاللت مدة التأقيت أو قصرت) احتراز عن قول الحسن بن زياد إنهما إن ذكرنا من الوقت ما يعلم أنهما لا يعيشان إليه كمائة سنة أو أكثر كان النكاح صحيحا لأنه فى معنى التأيد ، وهو رواية عن أبى حنيفة . وجه الظاهر أن التأقيت متعين لجهة المتعة ، فإن قوله تزوجتك للنكاح ومقتضاه التأيد لأنه لم يوضع شرعا إلا لذلك ولكنه يحتمل المتعة ؛ فإذا قال إلى عشرة أيام عين التوقيت جهة كونه متعة معنى ، وفى هذا المعنى المدة القليلة والكثيرة سواء . واستشكل هذه المسئلة بما إذا شرط وقت العقد أن يطلقها بعد شهر فإن النكاح صحيح والشرط باطل ، ولا فرق بينها وبين ما نحن

(ومن تزوج امرأتين في عقدة واحدة وإحداهما لا يحل له نكاحها صح نكاح التي يحل نكاحها وبطل نكاح الأخرى) لأن المبطل في إحداهما ، بخلاف ما إذا جمع بين حرّ وعبد في البيع لأنه يبطل بالشروط الفاسدة وقبول العقد في الحر شرط فيه ، ثم جميع المسمى التي يحل نكاحها عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما يقسم على مهر مثلها

وحججنا أيضا قول ابن مسعود : لا ترد الحرة عن عيب : وعن عليّ قال : إذا وجد بامرأته شيئا من هذه العيوب فالنكاح لازم له إن شاء طلق وإن شاء أمسك . والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم ، فمن عمر أنه أثبت الخيار ، وحمله على خيار الطلاق بعيد فإن ذلك ثابت لا يحتاج إلى نقل إثبات عمر إياه ، وقول محمد أرجح فيما يظهر ، فإن ما ذكرنا من طريق التخلص بالطلاق وما أفادته هذه الدلائل إنما هو في تخلص الرجل ، فأما المرأة فلا تقدر عليه وهي محتاجة إلى التخلص ومأمورة بالفرار قال صلى الله عليه وسلم « فر من المجنوم فرارك من الأسد » والكلام في المسئلة طويل الذيل في المبسوط وغيره يحتمل أنظارا لسنا بصددنا إذ ليست من مسائل الكتاب بل المقصود تنعيم الفائدة بالفروع المناسبة ، وكذا لو شرط أحد الزوجين على الآخر السلامة من تلك العيوب أو من العمى والشلل والزمانة أو شرط صفة الجمال فوجد بخلاف ذلك لا خيار له في الفسخ . ومن هذا وكثيرا ما يقع لو تزوجها بشرط أنها بكر فإذا هي ثيب فلا خيار له ، بل إن شاء طلق ، وتثبت أحكام الطلاق قبل الدخول أو بعده (قوله ومن تزوج امرأتين في عقدة واحدة وإحداهما لا تحل له) لرضاع أو قرابة محرمة (صح نكاح المحللة وبطل نكاح المحرمة ، بخلاف ما إذا جمع بين حرّ وعبد في البيع) حيث لا يصح في العبد لأن قبول العقد في الحر شرط فاسد في بيع العبد فيطله ، وهنا المبطل يخص المحرمة والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة (قوله ثم جميع المسمى التي يحل نكاحها عند أبي حنيفة . وعندهما يقسم على مهر مثلها) كأن يكون المسمى ألفا ومهر مثل المحرمة ألفان والمحللة ألف فيلزم ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم للتي صح نكاحها ويسقط الباقي ، ولو كان دخل بالتي لا تحل فالمذكور في الأصل أن لها مهر مثلها بالغ ما بلغ والألف كلها للمحللة ، قال في المبسوط : وهو الأصح على قول أبي حنيفة . وما ذكر في الزيادات فهو قولهما أن لها مهر مثلها ولا يجاوز حصتها من الألف ،

فيه . وأجيب بأن الفرق بينهما ظاهر لأن الطلاق قاطع للنكاح فاشترطه بعد شهر لينقطع به دليل على وجود العقد مؤبدا ، ولهذا لو مضى الشهر لم يبطل النكاح فكان النكاح صحيحا والشرط باطلا . وأما صورة النزاع فالشرط إنما هو في النكاح لا في قاطعه ، ولهذا لو صح التوقيت لم يكن بينهما بعد مضى المدة عقد كما في الإجارة . قال (ومن تزوج امرأتين في عقدة واحدة) هذه المسئلة من الأصل أي من المبسوط وصورتها ظاهرة ، ومسئلة البيع تأتي في البيوع . وقوله (وعندهما يقسم على مهر مثلها) يعني إذا كان المسمى ألفا مثلا ينظر إلى مهر مثلها ويقسم المسمى عليهما . فما أصاب حصّة التي لا تحل يسقط عن الزوج : وما أصاب حصّة الأخرى يثبت عليه . لهما أنه قابل المسمى بالبضعين وكل ما كان مقابلا بشيئين فإنما يلزم إذا سلما لمن قابل ولم يسلم فهنا إلا أحدهما فلا يلزمه إلا حصته ؛ كما لو خاطب امرأتين بالنكاح على ألف فأجابت إحداهما دون الأخرى . ولأبي حنيفة أن ضم ما لا يحل إلى ما يحل في النكاح كضم الجدار إلى المرأة فيه في أن كل واحد منهما ليس بمحل للنكاح ، ولو فعل ذلك وسمى كان المسمى كله للمرأة ، فكذلك هنا لمن تحل ، بخلاف ما إذا خاطبهما بالنكاح لأنهما قد استويا في الإيجاب ، حتى لو أجابتا صح نكاحهما جميعا فيثبت انقسام البذل بالمساواة في الإيجاب . فإن قيل : إذا لم تكن محلا للنكاح أصلا ولم تدخل تحت العقد وجب أن يحل إن دخل بها ولا يحل عنده . أجيب بأن عدم الحد باعتبار

وهي مسألة الأصل (ومن ادعت عليه امرأة أنه تزوجها وأقامت بينة فجعلها القاضي امرأته ولم يكن تزوجها وسعها المقام معه وأن تدعه يجامعها) وهذا عند أبي حنيفة هو قول أبي يوسف أولا ، وفي قوله الآخر وهو قول محمد لا يسعه أن يطأها وهو قول الشافعي لأن القاضي أخطأ الحجة إذ الشهود كذبة فصار كما إذا ظهر أنهم عبيد

ولو كان صح نكاحهما انقسمت الألف على مهر مثليهما اتفاقا (قوله وهي مسألة الأصل) مثل هذا اللفظ يقصد به الإحالة على ذلك الكتاب لتنظيم متعلقات المسئلة منه . وحاصل المذكور لهما فيه أن المسمى قوبل بالبضعين ولم يسلم ، وكل ما قوبل بشيئين ولم يسلم فالألف حصة السالم . بيان تقرير الكبرى شرعا ما لو اشترى عبيدين بألف . فإذا أحدهما مدبر أو خاطب امرأتين بالنكاح بألف فأجابت إحدهما دون الأخرى بل مانحن فيه أولى فإن المحرمة دخلت في العقد عنده ولذا لا يحد بوطئها مع العلم بالحرمه عنده ومن ضرورة دخولها انقسام البدل . وله منع كلية الكبرى بل المضموم إلى المحلة إما محل أولا ؛ ففي الأول ينقسم وفي الثاني لا ، كما لو ضم جدارا أو حمارا فإن الكل فيه للمحل والضم لغو وضم المحرمه كذلك ، فإن حكم النكاح الحل ، فالمحرمة ليست بمحل فلم تدخل والمدبر مال فهو محل ، ولذا لو قضى القاضي بجواز بيعه نفذ فيدخل في العقد ثم يستحق نفسه بحق الحرية ، وسقوط الحد عنده في وطء المحرمه الموقوف عليها من حكم صورة العقد ، وسنين وجهه إن شاء الله تعالى في كتاب الحدود لأن حكم انعقاده والانقسام من حكم الانعقاد . والانقسام في مخاطبتين للاستواء في الإيجاب للمحلية ، فإنهما لو أجابتا صح نكاحهما معا وانقسم عليهما . هذا وقد ادعى أن ما في الزيادات من أنه لو دخل بالتى لا تحل كان لها مهر مثلها لا يجاوز حصتها من الألف قول أبي حنيفة ، فاستشكل بأنه فرع دخولها في العقد ، ودفع بأنه قولهما لا قوله في الأصح ، وقوله يجب مهر مثلها بالغ ما بلغ ، ويتقدير التسام فالمنع من المجاوزة لحجود التسمية ورضاها بالقدر المسمى لا بدخولها في العقد . فأما الانقسام للاستحقاق فباعتبار الدخول في العقد ، فالتى تحل هى المختصة بذلك فالكل لها . وقد يورد أيضا على قوله إن لها مهر مثلها بالغ ما بلغ أن عدم الدخول في العقد يقتضى أجنيبتها عنه ، فبأى وجه يجب مهر مثلها وهو فرع الدخول في عقد فاسد ؟ ويجاب بأن وجوبه بالعذر الذى وجب به درء الحد وهو صورة العقد . ويورد على قولهما أيضا كيف وجب لها حصتها من الألف بالدخول وهو حكم دخولها في العقد ثم يجب الحد ، ولا يجتمع الحد والمهر ؛ ولا مخلص إلا بتخصيصهما الدعوى فيجب الحد لانتفاء شبهة الحل والمهر للانقسام بالدخول في العقد (قوله ومن ادعت عليه امرأة) لقب المسئلة أن القضاء بشهادة الزور في العقود والفسوخ ينفذ عند أبي حنيفة ظاهرا وباطنا إذا كان مما يمكن القاضي إنشاء العقد فيه ، فلو ادعى نكاح امرأة أو ادعت النكاح أو الطلاق الثلاث كذبا وبرهنا زورا فقضى بالنكاح أو الطلاق نفذ ظاهرا ، فطالب المرأة في الحكم بالقسم والوطء والنفقة ، وباطنا فيحل له وطؤها وإن علم حقيقة الحال ، ولها أن تمكنه . وقولنا

ظاهر صورة العقد . وقوله (ومن ادعت عليه امرأة أنه تزوجها) هذه المسئلة من الجامع الصغير ، وهي ملقبة بين الفقهاء بأن قضاء القاضي بشهادة الزور في العقود والفسوخ عند أبي حنيفة ينفذ ظاهرا وباطنا . ومعنى نفوذه ظاهرا نفوذه فيما بيننا بثبوت التمكن والنفقة والقسم وغير ذلك ، ومعنى نفوذه باطنا ثبوت الحل عند الله تعالى . وأما في الأملاك المرسلة والميراث فإنه ينفذ ظاهرا لا باطنا بالإجماع . وأما في الهبة والصدقة ؛ فعن أبي يوسف فيه روايتان : في رواية ألحقها بالآشورية والأنكحة من حيث أنه يحتاج فيه إلى الإيجاب والقبول وفي أخرى ألحقها بالأملاك المرسلة ، وما ذكره في الكتاب من تحرير المذاهب واضح . قالوا (القاضي أخطأ الحجة إذ الشهود كذبة)

أو كفار. ولأبي حنيفة أن الشهود صدقة عنده وهو الحجة لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق، بخلاف الكفر والرق لأن الوقوف عليهما متيسر، وإذا ابتنى القضاء على الحجة وأمكن تنفيذه باطنا بتقديم النكاح نفذ قطعا للمنازعة،

إذا كان مما يمكن القاضي إنشاؤه يخرج ما إذا كانت معتدة الغير أو مطلقة ثلاثا فادعى أنه تزوجها بعد زوج آخر ونحو ذلك مما لا يقدر القاضي على إنشاء العقد فيه. أما الهبة والصدقة ففي نفاذ القضاء بهما باطنا روايتان إذا ادعى كذبا. وجه الممانعة أن القاضي لا يملك تملك مال الغير بلا عوض، وقول أبي حنيفة هو قول أبي يوسف الأول وفي قوله الآخر وهو قول محمد لا ينفذ باطنا فلا يسعه أن يطأها إذا ادعى كذبا، وإذا كان مدعى عليه يطلقها وهو قول الشافعي وكما لا تحل للثاني لا تحل للأول فيما إذا ادعت الطلاق الثلاث كذبا ففضي به وتزوجت آخر عند محمد وعند أبي حنيفة تحل للثاني لا للأول لأن القاضي يملك التطبيق على الغير أحيانا. بخلاف المعتدة وأختها. وكذا الاختلاف في دعوى الفسخ بأن ادعى أحد المتبايعين على صاحبه فسخ البيع كذبا وبرهن زورا بفسخ القاضي يفسخ البيع ويحل للبائع وطؤها لو كانت أمة، وكذا لو ادعى بيع الأمة منه ولم يكن باعها ففضي بها القاضي لمدعى الشراء حلت له، وكذا في دعوى العتق والنسب. وجه تمسكهما في الكتاب ظاهر. وأيضا القضاء إما إمضاء لعقد سابق أو إنشاء لا يصح الأول لعدم سابق، ولا الثاني لأنه لا إيجاب ولا قبول ولا شهود. ولأبي حنيفة أن القاضي مأمور بما في وسعه، وإنما في وسعه القضاء بما هو حجة عنده وقد فعل وهذا يفيد أن القاضي لو علم كذب الشهود لا ينفذ، ولما لم يستلزم ما ذكر النفاذ باطنا إذ القدر الذي توجه الحجة وجوب القضاء وهو لا يستلزم النفاذ باطنا إذا كان مخالفا للواقع وهو محل الخلاف زاد قوله (وإذا ابتنى القضاء على الحجة وأمكن تنفيذه باطنا بتقديم النكاح ينفذ) فأفاد اختيار أحد شقي ترديدتهما وهو أنه إنشاء والمعنى أنه يثبت الإنشاء اقتضاء للقضاء بتقديمه عليه، وأفاد بذلك جوابهما عما أبطلا به هذا الشق من عدم الإيجاب والقبول والشهود، فإن ثبوته على هذا الوجه يكون ضمنا، ولا يشترط للضمانيات ما يشترط لها إذا كانت قصديات، على أن كثيرا من المشايخ شرطوا حضور الشهود للقضاء للنفاذ باطنا ولم يشترطه بعضهم وهو أوجه، ولو أنهما أبطلا هذا الشق بعدم التراضي من الجانبين لم يندفع بذلك، ولما كان المقتضى مائت ضرورة صحة غيره ولم يظهر وجه احتياج صحة القضاء إلى تقديم الإنشاء إلا إذا افتقرت صحته إلى نفاذه باطنا وليس مفتقرا إليه لثبوته مع انتفائه في الأملاك المرسله حيث يصح ظاهرا لا باطنا زاد قوله (قطعا للمنازعة) يعني أن المقصود من القضاء قطع المنازعة، ولا تنقطع فيما نحن فيه

والخطأ في الحجة بمنع من النفوذ باطنا كما إذا ظهر أنهم عبيد أو كفار (ولأبي حنيفة أن الشهود صدقة عند القاضي) لأن الفرض أنه لم يطلع على شيء مما يجرحهم ومثل هذه الشهود هو الحجة المعتبرة في الشرع (لتعذر الوقوف على الصدق حقيقة) لأن ذلك أمر باطني لا يعلمه إلا الله، فلو اشترط ذلك للقضاء لم يمكن القضاء أصلا، وإذا وجدت الحجة الشرعية نفذ الحكم ظاهرا وباطنا (بخلاف الكفر والرق لأن الوقوف عليهما متيسر) بالأمارات. فإن قيل: القضاء إظهار ما كان ثابتا لإثبات ما لم يكن والنكاح لم يكن ثابتا فكيف ينفذ القضاء باطنا؟ أشار إلى الجواب بقوله (بتقديم النكاح) يعني تقديم النكاح على القضاء بطريق الاقتضاء كأنه قال أنكحتك إياه وحكمت بينكما بذلك (قطعا للمنازعة) فيحل له أن يطأها لثلاث تنازعه طلب الوطء ثانيا. وسألني بعض أذكاء المغاربة حين قدم مصر حاجا سنة سبع وأربعين وسبع مائة عن هذه المسئلة طاعنا في المذهب. فأجبتهم بقولهم هذا قطعا للمنازعة، فقال: قطع المنازعة لم ينحصر في الوطء فيطلقها فإنه مخلص عن المنازعة مع البراءة عن عهدة وطء

إلا بتنفيذه باطنا ، إذ لو بقيت الحرمة تكررت المنازعة في طلبها الوطء أو طلبه مع امتناع الآخر لعلمه بحقيقة الحال فوجب تقديم الإنشاء فكأن القاضي قال زوجتكها وقضيت بذلك كقولك هو حر في جواب أعتق عبدك عني بألف حيث يتضمن البيع منه . وذكر الشيخ أكمل الدين أن بعض من حضر عنده من المغاربة منع الحصر وقال يمكن قطع المنازعة بأن يطلقها ، قال فأجبت ما تريد بالطلاق ، الطلاق المشروع أو غيره لأعبرة بغيره ، والمشروع يستلزم المطلوب إذ لا يتحقق إلا في نكاح صحيح . قال شيخنا سراج الدين : ليس بجواب صحيح ، إذ له أن يريد به الطلاق غير المشروع ، وكونه لأعبرة به في كونه طلاقا صحيحا لا يضر ، إذ قد ثبت بذلك أن قطع المنازعة الواجب لا يتوقف على التنفيذ باطنا ليجب التنفيذ باطنا بل تحقق طريق آخر لقطع المنازعة وهو أن يتلفظ بلفظ الطلاق فلم يجب التنفيذ باطنا حينئذ لأنه لم يكن له موجب سوى انحصار طريق قطع المنازعة فيه وظهر أنه لم ينحصر . والحق أن قطع المنازعة ينتهض سببا للتنفيذ باطنا فيما إذا كان هو المدعى لأنها لا تقدر على التخلص بلفظ الطلاق لا فيما إذا كانت هي المدعية لما ذكر ، ففيه قصور عن صور المدعى وهو النفاذ باطنا في العقود والفسوخ . والذي روى عن علي رضي الله عنه وهو أن رجلا أقام بينة على امرأة أنها زوجته بين يدي علي فقضى على ذلك . فقالت المرأة : إن لم يكن لي منه بد يا أمير المؤمنين فزوجني منه ، فقال : شاهدك زوجك ، يخص ما إذا انحصر قطع المنازعة في التنفيذ باطنا فإنه لو لم ينعقد باطنا لأجابها فيما طلبت للحقيقة التي عندها . والأوجه أن يراد بالمنازعة في قوله قطعاً للمنازعة اللجاج المؤدى إلى الضرر أعم من كونه عند القاضي أو لا فتناول ما إذا لجج الأول في طلبها باطنا بأن يأتيها لقصدها كرها أو باسترضائها وذلك لعلمه بحقيقة الحال والحل الباطن . وفي هذا بعد كونه منشأ مفسدة القتال والسفك لكونه عرضة له باطلاع الزوج عليه قبح اجتماع زوجين على امرأة أحدهما سرا والآخر جهرا ، وكل من الأمرين ينبو عن قواعد الشريعة فلا تنقطع المنازعة على المعنى الذي ذكرناه من الأعمية إلا بالحكم بالنفاذ باطنا وثبوت الحرمة في نفس الأمر بفسخ القاضي فعم الصور ثم على المبتدئ بالدعوى الباطلة وإثباتها بالطريق الباطل لثم ياله من لثم غير أن الوطء بعد ذلك في حل ، وقول أبي حنيفة أوجه ، وقد استدلل على أصل المسئلة بدلالة الإجماع على أن من اشترى جارية ثم ادعى فسخ بيعها كذبا وبرهن فقضى به حل للبائع وطؤها واستخدمها مع علمه بكذب دعوى المشتري مع أنه يمكنه التخلص بالعتق وإن كان فيه إتلاف

لم يسبقه محلل ، فقلت : تعني بالطلاق طلاقا مشروعاً أو غير مشروع ، لا سبيل إلى الثاني لعدم الاعتداد بما ليس بمشروع فتعين الأول وهو يقتضي النكاح لاحتالة ، وإمامنا في هذه المسئلة على . فإنه روى أن رجلا ادعى على امرأة نكاحا بين يدي علي وأقام شاهدين فقضى بالنكاح بينهما فقالت المرأة : إن لم يكن بد يا أمير المؤمنين فزوجني منه ، فقال علي : شاهدك زوجك . ولو لم ينعقد العقد بينهما بقضائه لما امتنع من العقد عند طلبها ورغبة الزوج فيها ، وقد كان في ذلك تحصيلها من الزنا وكان ذلك منه قضاء بشهادة الزور . فإن قيل : هذا إنما يتم إذا جعل قضاؤه بمنزلة إنشاء العقد وذلك يقتضي أن يشترط حضور الشهود عند قوله قضيت عملا بقوله عليه الصلاة والسلام « لا نكاح إلا بشهود » . أجيب بأن بعض مشايخنا ذهبوا إلى ذلك وإليه مال شمس الأئمة السرخسي . وآخرين منهم قالوا : لإنشاء النكاح لا يثبت مقصودا وإنما يثبت مقتضى صحة قضائه في الباطن والمقتضى لاتراعى شرائطه التي يثبت بها لو كان مقصودا كما في قوله أعتق عبدك عني بألف درهم وهو الجواب عن سقوط الإيجاب

بِخِلَافِ الْأَمْلَاقِ الْمُرْسَلَةِ لِأَنَّ فِي الْأَسْبَابِ تَرَاخُفًا فَلَا إِمْكَانَ :

(بَابُ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ)

مَالَهُ لِأَنَّهُ ابْتُلِيَ بِأَمْرَيْنِ فَعَلِيهِ أَنْ يَخْتَارَ أَهْوَاهُمَا وَذَلِكَ مَا يَسْلَمُ لَهُ فِيهِ دِينُهُ (قَوْلُهُ بِخِلَافِ الْأَمْلَاقِ الْمُرْسَلَةِ) أَيْ الْمَطْلُوعَةِ عَنْ تَعْيِينِ سَبَبِ الْمَلِكِ بِأَنْ أَدْعَى الْمَلِكُ فِي هَذَا الشَّيْءِ وَلَمْ يَعْينْ سَبَبًا فَإِنَّ الْقَضَاءَ بِهِ قَضَاءٌ بِالْيَدِ لَيْسَ غَيْرُ لَتَرَأَى الْأَسْبَابَ : أَيْ تَعَدُّدَهَا فَلَا يُمْكِنُ الْقَاضِيُ تَعْيِينَ بَعْضِهَا دُونَ بَعْضٍ إِذْ لَمْ تَقُمْ حُجَّةٌ بِمَخْصُوصِهِ ، بِخِلَافِ مَا عَيْنَ السَّبَبَ فِيهِ وَوَقَعَتِ الشَّهَادَةُ عَلَى تَعْيِينِهِ ، وَاللَّهُ سَبِّحَانَهُ أَعْلَمُ .

(بَابُ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ)

أَوَّلَى الشَّرَاطِ الْمُنْتَقَى عَلَيْهَا غَالِبًا الشَّرْطُ الْمُخْتَلَفُ فِيهِ وَهُوَ عَقْدُ الْوَلِيِّ . وَالْوَلِيُّ الْعَاقِلُ الْبَالِغُ الْوَارِثُ ، فَخُرِجَ الصَّبِيُّ وَالْمَعْتُوهُ وَالْعَبْدُ وَالْكَافِرُ عَلَى الْمُسْلِمَةِ . الْوَلَايَةُ فِي النِّكَاحِ نَوْعَانِ : وَلَايَةُ نَدَبٍ وَاسْتِحْبَابٍ وَهُوَ الْوَلَايَةُ عَلَى الْبَالِغَةِ الْعَاقِلَةِ بِكَرٍّ أَوْ ثَنًا ، وَوَلَايَةُ إِجْبَارٍ وَهُوَ الْوَلَايَةُ عَلَى الصَّغِيرَةِ بِكَرٍّ أَوْ ثَنًا ، وَكَذَا الْكَبِيرَةِ الْمَعْتُوهَةِ وَالْمَرْقُوقَةِ . وَتَثْبُتُ الْوَلَايَةُ بِأَسْبَابٍ أَرْبَعَةٌ : بِالْقَرَابَةِ ، وَالْمَلِكِ ، وَالْوَلَاءِ ، وَالْإِمَامَةِ . وَافْتَتَحَ الْبَابَ بِالْوَلَايَةِ الْمُنْدُوبَةِ نَقِيًا لَوْجُوبِهَا لِأَنَّهُ أَمْرٌ مَهْمٌ لِاشْتِهَارِ الْوُجُوبِ فِي بَعْضِ الدِّيَارِ وَكَثْرَةِ الرِّوَايَاتِ عَنْ الْأَصْحَابِ فِيهِ وَاخْتِلَافِهَا . وَحَاصِلُ مَا عَنْ عِلْمَانَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ فِي ذَلِكَ سَبْعُ رَوَايَاتٍ : رَوَايَتَانِ : عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ تَجُوزُ مَبَاشَرَةُ الْبَالِغَةِ الْعَاقِلَةِ عَقْدَ نِكَاحِهَا وَنِكَاحَ غَيْرِهَا مَطْلُوعًا إِلَّا أَنَّهُ خِلَافُ الْمُسْتَحْبِ وَهُوَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ ، وَرَوَايَةٌ الْحَسَنِ عَنْهُ إِنْ عَقَلَتْ مَعَ كَفٍّ جَازٍ وَمَعَ غَيْرِهِ لَا يَصِحُّ ، وَاخْتَارَتْ لِلْفَتَاوَى لَمَّا ذَكَرَ أَنَّ كَرِّمَ مَنْ وَاقَعَ لَا يَرْفَعُ وَلَيْسَ كُلُّ وَلِيٍّ يَحْسُنُ الْمِرَافِقَةَ وَالْحَضْمَةَ وَلَا كُلُّ قَاضٍ يَعْدِلُ ، وَلَوْ أَحْسَنَ الْوَلِيُّ وَعَدَلَ الْقَاضِيُ فَقَدْ يَتْرَكُ أَثْمَةً لِلتَّرَدُّدِ عَلَى أَبْوَابِ الْحُكَامِ وَاسْتِثْقَالِ لِنَفْسِ الْخُصُومَاتِ فَيَتَقَرَّرُ الضَّرَرُ فَكَانَ مَنَعُهُ دَفْعًا لَهُ . وَيَنْبَغِي أَنْ يَقِيدَ عَدَمَ الصَّحَةِ الْمَقْتَى بِهِ بِمَا إِذَا كَانَ لَهَا أَوْلِيَاءُ أَحْيَاءُ لِأَنَّ عَدَمَ الصَّحَةِ إِنَّمَا كَانَ عَلَى مَا وَجَّهَ بِهِ هَذِهِ الرِّوَايَةُ دَفْعًا لِضَرَرِهِمْ فَإِنَّهُ قَدْ يَتَقَرَّرُ لَمَّا ذَكَرْنَا ، أَمَّا مَا يَرْجِعُ إِلَى حَقِّهَا فَقَدْ سَقَطَ بِرِضَائِهَا بِغَيْرِ الْكَفِّ عَلَى مَا سَيَأْتِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى فِي فَصْلِ الْكِفَاءَةِ

وَالْقَبُولِ . وَقَوْلُهُ (بِخِلَافِ الْأَمْلَاقِ الْمُرْسَلَةِ) أَيْ الْمَطْلُوعَةِ عَنْ إِثْبَاتِ سَبَبِ الْمَلِكِ بِأَنْ أَدْعَى مَلِكًا مَطْلُوعًا فِي الْجَارِيَةِ أَوْ الطَّعَامِ مِنْ غَيْرِ تَعْيِينِ بِشْرَاءٍ أَوْ إِرْثٍ حَيْثُ لَا يَنْفَعُ الْقَضَاءُ إِلَّا ظَاهِرًا بِالْإِتِّفَاقِ حَتَّى لَا يَحِلَّ لِلْمَقْضَى لَهُ وَطُوعًا (لِأَنَّ فِي الْأَسْبَابِ تَرَاخُفًا) فَلَا يُمْكِنُ تَنْفِيزُهُ . بَيَانُهُ أَنَّ فِي الْأَسْبَابِ كَثْرَةً وَلَا يُمْكِنُ الْقَاضِيُ تَعْيِينَ شَيْءٍ مِنْهَا بِدُونِ الْحُجَّةِ فَلَمْ يَكُنْ مَخَاطِبًا بِالْقَضَاءِ بِالْمَلِكِ وَإِنَّمَا هُوَ مَخَاطِبٌ بِقَصْرِ يَدِ الْمَدْعَى عَلَيْهِ عَنِ الْمَدْعَى وَذَلِكَ نَافِذٌ مِنْهُ ظَاهِرًا ، فَأَمَّا أَنْ يَنْفَعُ بَاطِنًا بِمَنْزِلَةِ إِنْشَاءِ جَدِيدٍ فَلَيْسَ بِقَادِرٍ عَلَيْهِ بِلَا سَبَبٍ شَرْعِيٍّ ، بِخِلَافِ النِّكَاحِ فَإِنَّ طَرِيقَهُ مُتَعَيَّنٌ فِي الْوَجْهِ الَّذِي قُلْنَا فِيهِ كُنْهُ إِثْبَاتِهِ وَتَنْفِيزِهِ .

(بَابُ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ)

أَشْخَرُ بَيَانِ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ عَنْ بَيَانِ الْحَرَمَاتِ وَإِنْ كَانَ شَرْطُ النِّكَاحِ لَحْلَ عَمَلِ النِّكَاحِ شَرْطُ جَوَازِهِ بِالْإِتِّفَاقِ ، بِخِلَافِ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ وَالْمُنْتَقَى عَلَيْهِ أَوَّلَى بِالتَّقْدِيمِ ، وَتَحْرِيرُ الْمَذَاهِبِ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَاضْهِحْ

(بَابُ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ)

(قَوْلُهُ لِأَنَّ عَمَلَ النِّكَاحِ) أَقُولُ : دَلِيلُ لِقَوْلِهِ أَشْخَرُ بَيَانِ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ عَنْ بَيَانِ الْحَرَمَاتِ (قَوْلُهُ بِخِلَافِ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَكْفَاءِ وَالْمُنْتَقَى عَلَيْهِ أَوَّلَى بِالتَّقْدِيمِ) أَقُولُ : وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ بَيَانِ الْحَرَمَاتِ مَالَهُ إِلَى رَفْعِ الْمَوَاقِعِ وَالْعَدَمِ لَهُ تَقْدِيمٌ ،

(وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها) وإن لم يعقد عليها ولي بكرا كانت أوثيا عند أبي حنيفة وأبي يوسف (رحمهما الله) في ظاهر الرواية . وعن أبي يوسف (رحمه الله) أنه لا ينعقد إلا بولي . وعند محمد ينعقد وقوفاً وقال مالك والشافعي رحمهما الله . لا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلاً لأن النكاح يراد لمقاصده والتفويض إليهن محل بها ، إلا أن محمداً رحمه الله يقول : يرتفع الخلل بإجازة الولي .

وعن أبي يوسف ثلاث روايات : لا يجوز مطلقاً إذا كان لها ولي ثم رجع إلى الجواز من الكفء لامن غيره ، ثم رجع إلى الجواز مطلقاً من الكفء وغيره . وروايتان عن محمد : انعقاده موقوفاً على إجازة الولي إن أجازته نفذ وإلا بطل ، إلا أنه إذا كان كفأ وامتنع الولي يجدد القاضي العقد ولا يلتفت إليه ، ورواية رجوعه إلى ظاهر الرواية . فتحصل أن الثابت الآن هو اتفاق الثلاثة على الجواز مطلقاً من الكفء وغيره ، هذا على الوجه الذي ذكرناه عن أبي يوسف من ترتيب الروايات عنه وهو ما ذكره السرخسي ، وأما على ما ذكره الطحاوي من أن قوله المرجوع إليه عدم الجواز إلا بولي . وكذا الكرخي في مختصره حيث قال : وقال أبو يوسف : لا يجوز إلا بولي وهو قوله الأخير فلا . ورجح قول الشيخين لأنهما أقدم وأعرف بمذاهب أصحابنا ، لكن ظاهر الهداية اعتبار ما نقله السرخسي والتعويل عليه حيث قال عند أبي حنيفة وأبي يوسف في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف الخ . وعلى المختار للفتوى لو زوجت المطلقة ثلاثاً نفسها بغير كفء ودخل بها لتحل للأول ، قالوا : ينبغي أن تحفظ هذه المسئلة فإن المحلل في الغالب يكون غير كفء . وأما لو باشر الولي عقد المحلل فإنها تحل للأول ، وإذا جاز من غير الكفء على ظاهر المذهب فللولي أن يفرق بينهما على ما ذكره في فصل الكفاءة إن شاء الله تعالى . وقال الشافعي رحمه الله : لا ينعقد بعبارة النساء أصلاً أصيلة كانت أو وكيلة (قوله لأن النكاح) شروع في الاستدلال لقول الشافعي ومالك ، وهو أن النكاح لا يراد لذاته بل لمقاصده من السكن والاستقرار لتحصيل النسل

وأما وجه من لم يجوز به بدون الولي كأبي يوسف في غير ظاهر الرواية ومالك والشافعي فما قال (لأن النكاح يراد لمقاصده والتفويض إليهن محل بها) لأنهن سريعات الاغتار سيئات الاختيار لاسيما عند التوقان . وهو مردود بما إذا أذن لها الولي كما اختاره محمد فإن الخلل يتجبر به فكان الواجب الجواز حينئذ وهم لا يقولون به . وأيضاً المدعى أن النكاح لا ينعقد بعبارة النساء ، فالدليل المطابق بيان الخلل في العبارة والاعتذار بأن هذا التعليل تعليل

(قال المصنف : وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها) أقول : أي بعقد الدال على رضاها (قال المصنف : وإن لم يعقد عليها ولي) أقول : ولم يأذن ولا يبعد أن يراد لم يعقد عليها تسبيها ومباشرة تأمل (قوله وهو مردود بما إذا أذن لها الولي كما اختاره محمد رحمه الله) أقول : قال ابن حجر في شرح البخاري : وتعقب بأن إذن الولي لا يصح إلا لمن ينوب عنه ، والمرأة لاتنوب عنه في ذلك لأن الحق لها ، ولو أذن لها في إنكاح نفسها صارت كن إذن لها في البيع من نفسها ولا يصح له ولا ينحى عليك وعن هذا الكلام ، فإن النكاح عقد على منافع البضع فتصير هي بالإذن كالمأذون به بأن يؤثر نفسه فتأمل . قال الجلال المحلى الشافعي في شرح المنهاج « لاتزوج المرأة نفسها » بإذن من وليها ولا دون إذنه « ولا غيرها بوكالة » عن الولي ولا بولاية « ولا تقبل نكاحاً لأحد » بولاية ولا بوكالة فطمأنا عن هذا الباب ، إذ لا يليق بمحلين العمادات دخولها فيه لما قصد منها من الحياء وعدم ذكره أصلاً ، وقد قال الله تعالى « الرجال قوامون على النساء . وتقدم حديث « لانكاح إلا بولي » وروى ابن ماجه حديث « لاتزوج المرأة المرأة ولا المرأة نفسها » وأخرجه الدارقطني بإسناد على شرط الشيخين . أقول : في قوله فطمأنا لها الخ بحث (قوله وأيضاً المدعى أن النكاح لا ينعقد الخ) أقول : إذا تأملت أدنى تأمل ظهر لك أن هذا الوجه لا يغير الأول في المال هكذا قيل .

ووجه الجواز أنها تصرفت في خالص حقها وهي من أهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الأزواج ،

وتربيته ولا يتحقق ذلك مع كل زوج ، والتفويض إليهن محل بهذه المقاصد لأنهن سريعات الاغترار سيئات الاختيار فيخترن من لا يصلح خصوصا عند غلبة الشهوة وهو غالب أحوالهن ، فصارت الأنوثة مظنة قصور الرأي لما غلب على طبعهن مما ذكرنا ، فاستلزم هذا التقرير كون علة ثبوت الولاية في النكاح الأنوثة ، ولا شك أنه قاصر عن عموم الدعوى فإنها لو عقدت بإذن الولي لها في رجل معين كقول محمد لا يصح عندهم ، والوجه المذكور لا يشملها ، ونحن نمنع علية الأنوثة ونهيبها عن المباشرة ندب كى لا تنسب إلى الوقاحة . بل العلة ليست إلا

أن لا يفوض إليهن أمر النكاح مطلقا من غير نظر إلى أن يأذن الولي أو لا غير دافع لانتفاء المطابقة. وأما وجه من جوزه فهو (أنها تصرفت في خالص حقها وهي من أهله لكونها عاقلة مميزة ، ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الأزواج) بالاتفاق ، وكل تصرف هذا شأنه فهو جائز بلا خلاف . فإن قلت : لانسلم أنها تصرفت خالص حقها بل في حق تعلق به حق الأولياء ولهذا لا يجوز إذالم يكن بكف . في رواية . قلت : لافرق في ظاهر الرواية فلا يرد عليه ، وأما على رواية الحسن عن أبي حنيفة فالجواب أن المراد بخالص حقها ما كان من الموضوعات الأصلية التي ترتب على النكاح من تملك منافع بضعها واستيجاب المهر والثفقة والكسوة والسكنى ونحوها ، وكل ذلك خالص حقها فلا يعتبر بالعارض من حقوق العار للأولياء . فإن قيل : هذا استدلال بالرأي في مقابلة الكتاب والسنة ومثله فاسد . أما الكتاب فقوله تعالى - فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن - نهى الولي عن العضل وهو المنع ، وإنما يتحقق منه المنع إذا كان الممنوع في يده . وأما السنة فما روى في السنن عن ابن جريج عن سليمان ابن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل » فالجواب أن الآية مشتركة الإلزام لأنه نهاهم عن منعهن عن النكاح فدل على أنهن يملكنه ، وأن قوله تعالى - فلا جناح عليهن فيما فعلن في أنفسهن - وقوله - حتى تنكح زوجا غيره -

ولكن لا يخفى عليك أن نفي الجواز بدون الولي أمر ونفيه بعبارة أمر آخر ، فالرد الأول يرد على أبي يوسف رحمه الله أيضا بخلاف الثاني (قوله لانتفاء المطابقة) أقول : فيه بحث ، فإنه إن أراد انتفاء المطابقة على تقرير المصنف فلا ضير ، وإن أراد انتفاءها على ما وضعه المصل فغير مسلم (قوله وأما وجه من جوزه فهو أنها تصرفت في خالص حقها وهي من أهله الخ) أقول : أنت خير بأن الخصم يمنع وينازع في أهليتها لهذا التصرف ويقول لم يحملها الشارع أهلا له ، وقوله لكونها عاقلة الخ لا يدل عليه ، فإن العبد المائل البالغ كذلك وهو محجور عن كثير من التصرفات ، وبين المال والبضع فرق (قوله قلت لافرق في ظاهر الرواية فلا يرد عليه) أقول : أنت خير بأن المنع متوجه إلى الروائعين ظاهرها وغير ظاهرها ، ولا يقدح في ذلك قوله ولهذا لا يجوز الخ فإنه تنوير للسند والمنع يتم بدونه ، ألا يرى أن الولي حق الفسخ في ظاهر الرواية ، فلم يمتنع به حق لما كان كذلك (قوله فإن قيل هذا استدلال ، إلى قوله : وأما الكتاب فقوله تعالى - فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن - نهى الولي عن العضل وهو المنع الخ) أقول : وهذا الاستدلال منهم إنما يصح إذا كان الخطاب في لاتعضلوهن للأولياء وهو ممنوع ، بل الخطاب للأزواج كى لا يبق الشرط بلا جزاء ، والتفصيل المشيع في التفسير الكبير للإمام فخر الدين الرازي (قوله وإنما يتحقق منه المنع إذا كان الممنوع في يده) أقول : إن أراد إذا كان الممنوع في يده شرعا فليس كذلك عند الخصم ، فإن النهي عندها يقتضى المشروعية على ما يحى تفصيله في البيع الفاسد ، إلا أن يكون مرادهم الإلزام وهو بعيد ، وإن أراد غير ذلك فلا فية ولا يضرنا (قوله فالجواب أن الآية مشتركة الإلزام) أقول : ويرد أيضا أن واحدا من هذين الاستدلالتين لا يدل على مطلوب الخصم من عدم الانتقاد بعبارة (قوله وإن قوله تعالى - فلا جناح عليهن فيما فعلن في أنفسهن -) أقول : أى فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف ، وتزويجها نفسها (٣٣ - فتح القدير حنى - ٣)

وإنما يطالب الولي بالتزويج كي لا تنسب إلى الوقاحة، ثم في ظاهر الرواية لا فرق بين الكف* وغيره الكف* ولكن للولي الاعتراض في غير الكف* .

الصغر على ما سنين ، والمفسدة المذكورة ليست لازمة لمباشرتها ولا غالبية ، ولا يناط الحكم بالأنوثة إذ ليست ملزومة دائماً ولا غالباً كما هو شأن المظنة ، ومجرد الوقوع أحياناً لا يوجب المظنة ، وإذا وجد فالولي رفعه ، وكون ولي يحتشم عن ذلك قليل بالنسبة إلى من يقوم في دفع العار المستمر عن نفسه ، فوقع المفسدة قليل وتقريرها بعد وقوعها قليل في قليل فانتفت المظنة ، وبقي أنها تصرف في خالص حقها وهي من أهله لكونها عاقلة بالغة ، ولهذا كان لها اختيار الأزواج فلا تزوج ممن لا ترضاه . ثم استشعر أن يورد عليه منع أنه خالص حقها وإلا لم يطالب الولي به . فأجاب بأنه إنما يطالب الولي به كي لا تنسب إلى الوقاحة . وهذا كلام على السند وهو غير مفيد إلا لو ساوى وهو منتف ، فإن له أدلة أخرى سمعية هي المعول عليها وهي قوله تعالى - فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن - نهى الأولياء عن منعهن من نكاح من يخترنه ، وإنما يتحقق المنع من بيده الممنوع وهو الإنكاح ، وما في السنن عن عائشة رضي الله عنها أنه صلى الله عليه وسلم قال « أيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل » حسبه الترمذي . وقوله صلى الله عليه وسلم « لا نكاح إلا بولي » رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه وأحاديث أخر في ذلك . والجواب ؛ أما الآية فمعناها الحقيقي نهى عن منعهن عن مباشرة النكاح هذا هو حقيقة لا تمنعهن أن ينكحن أزواجهن إذا أريد بالنكاح العقد . هذا بعد تسليم كون الخطاب للأولياء وإلا فقد قيل للأزواج فإن الخطاب معهم في أول الآية - وإذا طلقتم النساء فلا تعضلوهن - أي لا تمنعهن حساً حبساً بعد انقضاء العدة أن يتزوجن ، ويوافقها قوله تعالى - حتى تنكح زوجاً غيره - لأنه حقيقة

وقوله - أن ينكحن أزواجهن - يعارضها . وأما الحديث فساقط الاعتبار لأن ابن جريج سأل الزهري عنه فلم يعرفه ، وفي رواية فأنكره ، ولأن عائشة عملت بخلافه تزوجت بنت أخيها عبد الرحمن من المنذر بن الزبير ، وذلك يدل على نسخه ، ولأنه معارض بقوله عليه الصلاة والسلام « الأيم أحق بنفسها من وليها » والأيم اسم لامرأة لا زوج لها بكراً كانت أو ثيباً ، هذا هو الصحيح عند أهل اللغة ، وإذا كان الكتاب والسنة متعارضين ترك المصنف الاستدلال بهما للجانبين وصار إلى المعقول ، وهو مروى عن عمر وعلى وعبد الله بن مسعود . وقوله (وإنما يطالب الولي بالتزويج) جواب عما يقال إذا تصرف في خالص حقها فلم أمر الولي بالتزويج إذا طالبت ، وأي حاجة لها إلى طلب التصرف من الولي في خالص حقها . ووجهه أنها بمباشرة هذا التصرف تنسب إلى الوقاحة فجعل التصرف من الولي في خالص حقها واجبا عليه صيانة لها عن النسبة إليها . وقوله (ولكن للولي الاعتراض في غير الكف*) يعني إذا لم تلد من الزوج . وأما إذا ولدت فليس للأولياء حق الفسخ كي لا يضيع الولد عن

من الكف* فلل المعروف فوجب أن يصح (قوله وقوله أن ينكحن أزواجهن يعارضها) أقول : فإن الله تعالى أضاف النكاح إليهن إضافة الفعل إلى قاعله والتصرف إلى مباشره (قوله ولأن عائشة عملت بخلافه) أقول : قال الشيخ الإمام علاء الدين التركاني في كتابه المسمى بالجوهر النقي في الرد على البيهقي : ثم إن عائشة الراوية للحديث مخالفت على ما سيذكره البيهقي في هذا الباب وكذلك الزهري أيضاً روى الحديث ثم حاله قال صاحب الاسطركار : كان الزهري يقول : إذا تزوجت المرأة بغير إذن وليها جاز ، وهو قول الشعبي وأبي حنيفة وزفر اهـ (قوله وذلك يدل على نسخه) أقول : بل يدل على ضعفه ووجهه ؛

وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه لا يجوز في غير الكفء

إسناد الفعل إلى الفاعل . وأما الحديث المذكور وما بمعناه من الأحاديث فمعارضة بقوله صلى الله عليه وسلم « الأيم أحق بنفسها من وليها » رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي ومالك في الموطأ . والأيم : من لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا . في كتاب الأمثال لأبي عبيدة في أمثال أكم بن صيفي : كل ذات بعل ستيم . يضرب لتحول الزمن بأهله ، وأنشد قول الأول :

أفاطم إني هالك فتثبتي ولا تجزعي كل النساء تميم

وجه الاستدلال أنه أثبت لكل منها ومن الولي حقا في ضمن قوله أحق ، ومعلوم أنه ليس للولي سوى مباشرة العقد إذا رضيت وقد جعلها أحق منه به ، فبعد هذا إما أن يجري بين هذا الحديث . ومارووا حكم المعارضة وال ترجيح أو طريقة الجمع ، فعلى الأول يترجح هذا بقوة السند وعدم الاختلاف في صحته : بخلاف الحديثين فإنهما إما ضعيفان فحديث « لانكاح إلا بولي » مضطرب في إسناده في وصله وانقطاعه وإرساله قال الترمذي : هذا حديث فيه اختلاف ، وسمى جماعة منهم إسرائيل وشريك ، ورواه عن أبي إسحاق عن أبي بردة عن أبي موسى الأشعري عن النبي صلى الله عليه وسلم . ورواه أسباط بن محمد وزيد بن حبان عن يونس بن أبي إسحاق عن أبي بردة عن أبي موسى . ورواه أبو عبيدة الخداد عن يونس بن أبي إسحاق عن أبي بردة ولم يذكر فيه عن أبي إسحاق فقد اضطرب في وصله وانقطاعه . وقد روى شعبة وسفيان الثوري عن يونس بن أبي إسحاق عن أبي بردة عن النبي صلى الله عليه وسلم ، وهذا اضطراب في إرساله لأن أبا بردة لم يره النبي صلى الله عليه وسلم وشعبة وسفيان أضبط من كل من تقدم . قال : وأسند بعض أصحاب سفيان عن سفيان ولا يصح ثم أسند إلى شعبة قال : سمعت سفيان الثوري يسأل أبا إسحاق أسمع أبا بردة يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لانكاح إلا بولي » قال نعم . ولا ينبغي أن هذا الكلام إلزامي ، أما على رأينا فلا يضر الإرسال ، وحديث عائشة رضي الله عنها عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها وقد أنكره الزهري . قال الطحاوي : وذكر ابن جريج أنه سأل عنه ابن شهاب فلم يعرفه ، حدثنا بذلك ابن أبي عمران : حدثنا يحيى بن معين عن ابن علي عن ابن جريج بذلك . وإما حسان بناء على أن الأصح في الأول وصله لأن الوصل والرفع مقدمان على الوقف والإرسال عند التعارض على الأصح وإن كان شعبة وسفيان أحفظ من غيرها ، لكن حكاية شعبة تفيد أنهم سمعاه من أبي إسحاق في مجلس واحد ظاهرا وغيرهما سمعوه منه في مجالس . وفي الثاني أن الثقة قد ينسى الحديث ولا يعد قادحا في صحته بعد عدالة من روى عنه وثقته . ولذلك نظائر أشهرها ماروى أن ربيعة ذكر لسهيل بن أبي صالح

يرببه . قال في النهاية : ولكن في مبسوط شيخ الإسلام : وإذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء فعلم الولي بذلك فسكت حتى ولدت أولادا ثم بدا له أن يخاصم في ذلك فله أن يفرق بينهما ، لأن السكوت إنما جعل رضا في حق النكاح في حق البكر نصا بخلاف القياس ، قال : كذا كان مكتوبا بخط شيخنا . وقوله (وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يجوز في غير الكفء) يعني لدفع ضرر العار عن الأولياء . قال شمس الأئمة : وهذا أقرب إلى

(قوله لأن السكوت إنما جعل رضا في حق النكاح) أقول : سقوط حق الفسخ لم يكن لجعل السكوت رضا بل لتلاخيص الولد ممن يرى كما لا يخفى .

لأن كم من واقع لا يرفع . و يروى رجوع محمد إلى قولهما (ولا يجوز للولي إجبار البكر البالغة على النكاح) خلافا للشافعي رحمه الله . له الاعتبار بالصغيرة وهذا لأنها جاهلة بأمر النكاح لعدم التجربة

حديثاً فأنكره ، فقال له ربيعة : أنت حدثتني به عن أبيك فكان سهيل يقول بعد ذلك حدثني ربيعة عني ، اللهم إلا أن يقال هذا في عدم التكذيب ، أما إذا كذبه بأن يقول ما رويت ذلك فنصوا في الأصول على رده . وفي حكاية ابن جريج إيماء إلى ذلك في رواية ابن عدي في الكامل إياها في ترجمة سليمان بن موسى حيث قال : قال ابن جريج : فلقبت الزهري فسألته عن هذا الحديث فلم يعرفه ، فقلت له : إن سليمان بن موسى حدثنا به عنك ، قال : فأنتي على سليمان خيرا وقال : أخشى أن يكون وهم على اه . فهذا اللفظ في عرف المتكلمين من أهل العلم يفيد معنى نفيه بلفظ النفي . وأما ماضعه به من أن عائشة رضي الله عنها راويته عملت بخلافه على ما في الموطأ عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها أنها زوجت حفصة بنت عبد الرحمن من المنذر بن الزبير وعبد الرحمن غائب بالشأم فلما قدم عبد الرحمن قال : ومثلي يقتات عليه في بناته ، فكلمت عائشة رضي الله عنها المنذر بن الزبير فقال : إن ذلك بيد عبد الرحمن ، وقال عبد الرحمن : ما كنت لأرد أمرا قضيته ، فاستمرت حفصة عند المنذر ولم يكن ذلك طلاقاً فأول على معنى أنها أذنت في التزويج ومهدت أسبابه ، فلما لم يبق إلا العقد أشارت إلى من يلي أمرها عند غيبة أبيها أن يعقد ، يدل على ذلك ما روى عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه قال : كانت عائشة رضي الله عنها تحطب إليها المرأة من أهلها فتشهد ، فإذا بقيت عقدة النكاح قالت لبعض أهلها : زوج فإن المرأة لا تلي عقد النكاح . وفي لفظ : فإن النساء لا ينكحن . أسنده البيهقي عنه . وعلى كلا التقديرين فالتقدمة للصحيح ، وهو ما رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي ومالك في الموطأ وهو ما استدللنا به . وعلى الثاني وهو إعمال طريقة الجمع فبأن يحمل عمومهم على الخصوص وذلك سائق ، وهذا يخص حديث أبي موسى بعد جواز كون النفي للكمال والسنة ، وهو محمل قوله فإن النساء لا تلي ولا ينكحن في رواية البيهقي . وبأن يراد بالولي من يتوقف على إذنه ، أي لانكاح إلا بمن له ولاية لينفي نكاح الكافر المسلمة والمعتوهة والأمة والعبد أيضا ، لأن النكاح في الحديث عام غير مقيد . وعلى هذا التأويل يتم العمل بالحديث الجامع لاشتراط الشهادة والولي وهو ما قدمناه من رواية ابن حبان في فصل الشهادة . ويخص حديث عائشة بمن نكحت غير الكفاء ، والمراد بالباطل حقيقته على قول من لم يصحح ما باشرته من غير كفء أو حكمه على قول من يصححه ، ويثبت للولي حق الخصومة في فسخه ، كل ذلك سائق في إطلاقات النصوص ويجب ارتكابه لدفع المعارضة بينها ، على أنه يخالف مذهبهم ، فإن مفهومه إذا أنكحت نفسها بإذن وليها كان صحيحا وهو خلاف مذهبهم ، والله سبحانه أعلم . فثبت مع المنقول الوجه المعنوي وهو أنها تصرف في خالص حقها وهو نفسها وهي من أهل كمال المال فيجب تصحيحه مع كونه خلاف الأولى (قوله ولا يجوز للولي إجبار البكر البالغة على النكاح) معنى الإجماع أن يباشر العقد فينفذ عليها شاءت أو أبت ، ومبنى الخلاف أن علة ثبوت ولاية الإجماع أهو الصغير أو البكار ؟ فعندنا الصغير ، وعند الشافعي البكار ، فإني على هذه ما إذا زوج الأب الصغيرة فدخل بها وطلقت قبل البلوغ

الاحتياط . فليس كل ولي يحسن المرافعة إلى القاضي ، ولا كل قاض يعدل ، وهو معنى قوله (لأن كم من واقع لا يرفع ويروى رجوع محمد إلى قولهما) يعني ينعقد نكاحها عنده أيضا بلا ولي ولا يوقف على الإجازة . قال (ولا يجوز للولي إجبار البكر البالغة على النكاح) إجبار البكر البالغة على النكاح لا يجوز عندنا (خلافا للشافعي)

ولهذا يقبض الأب صداقها بغير أمرها . ولنا أنها حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليها ولاية ، والولاية على الصغيرة لقصور عقلها وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار كالغلام وكالتصرف في المال ،

لم يجوز للأب تزويجها عنده حتى تبلغ فتشاور لعدم البكارة . وعندنا له تزويجها لوجود الصغر . وحاصل وجه قوله أنه الحق البكر الكبيرة بالبكر الصغيرة في ثبوت ولاية إجبارها في النكاح بجامع الجهل بأمر النكاح وعاقبته ونحن نمنع أن الجهل بأمر النكاح هو العلة في الأصل بل هو معلوم الإلغاء للقطع بجوازه عند البيع والشراء من جهله لعدم الممارسة ، مع أن الجهل منتف لأنهما قلما تجهل بالغة معنى عقد النكاح وحكمه وبهذا يسقط ما يمكن أن يقال ليكن الجهل حكمة تعليق الحكم بالصغر كما ذكرتم . لكن يجوز تعدية الحكم باعتبار الحكمة المجردة إن وجدت على المختار ، بل تعليق الحكم في الأصل بالصغر المتضمن لقصور العقل المخرج له عن أهلية أن يرجع إليه في رأى أو يلتفت إليه في أمر ونهى . وهذا الذى ظهر أثره في التصرفات من البيع والشراء والإجارة والاقتضاء وغيرها من سائر التصرفات اتفاقا . على أن الخلاف في الحكمة المجردة الظاهرة المنضبطة . وظاهر كلام الفريقين هناك أن ذلك لم يتحقق في الشرع بعد . ثم لا يخفى أن الجهل غير منضبط بل يختلف باختلاف الأشخاص فلا يعتبر أصلا . بل المظنة والكلام فيها أهى البكارة أو الصغر فقلنا الصغر . أما البكارة فعلموا إلغائها من الصريح والدلالة ونوع من الاقتضاء ومقصود الشرع . أما الصريح ففي سنن أبي داود والنسائي وابن ماجه ومسنن الإمام أحمد من حديث ابن عباس رضى الله عنهما « أن جارية بكرا أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت أن أباهما زوجها وهى كارهة فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم » وهذا حديث صحيح : فإنه عن حسين : حدثنا جرير عن أيوب عن عكرمة عن ابن عباس ، وحسين هو ابن محمد المروزي أحد المخرج لهم في الصحيحين . وقول البيهقي إنه مرسل لرواية أبي داود إياه من حديث محمد بن عبيد عن حماد بن زيد عن أيوب عن عكرمة مرسلا ، ونقل ابن أبي حاتم عن أبيه تخطئة الوصل لرواية حماد هذه . وابن علية عن أيوب عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا ، ونسبة الوهم في الوصل إلى حسين لأنه لم يروه عن ربه غيره مردود . أما أولا فبحجية المرسل الصحيح . وأما ثانيا فقد تابع حسينا على الوصل عن جرير سليمان بن حرب . كما نقله صاحب التنقيح عن الخطيب البغدادي قال : فبرئت عهده ، يعنى حسينا وزالت تبعته ثم أسنده عنه قال : ورواه أيوب عن سويد هكنا عن الثوري عن أيوب موصولا . وكذلك رواه معمر بن سليمان عن زيد بن حبان عن أيوب فزال الريب وصار الحاصل أن عكرمة قال مرة : إن جارية بكرا أتت النبي صلى الله عليه وسلم فأرسل . وذكر مرة أو مرارا الواسطة بينه وبين النبي صلى الله عليه وسلم ولا بدع في ذلك . قال ابن القطان : حديث ابن عباس هذا صحيح ، وليست هذه خنساء بنت خدام التي زوجها أبوها وهى ثيب فكرهته فرد النبي صلى الله عليه وسلم نكاحه . فإن هذه بكر وتلك ثيب اه . على أنه روى أن خنساء أيضا كانت بكرا . أخرج النسائي في سننه حديثها وفيه أنها كانت بكرا . ورواه عن عبد الله بن يزيد عن خنساء قالت : أنكحنى أبي وأنا كارهة وأنا بكر ، فشكوت ذلك إلى النبي

وهو مذهب ابن أبي ليلى . له أن الصغيرة إذا كانت بكرا تزوج كرها فكذا البالغة ، والجامع بينهما الجهالة بأمر النكاح لعدم التجربة (ولهذا) أى ولكونها جاهلة بأمر النكاح (يقبض الأب صداقها بغير أمرها ، ولنا أنها حرة مخاطبة) لأن الكلام في الحرة البالغة وكل من كانت كذلك (لا يكون للغير عليها ولاية) وقوله (والولاية على الصغيرة) جواب عن قياسه على الصغيرة بالمفارقة ، وذلك لأن الولاية على الصغيرة إنما كانت (لقصور عقلها)

صلى الله عليه وسلم . الحديث ، لكن رواية البخارى ترجح . قال ابن القطان : والدليل على أنهما ثنتان ما أخرجه الدارقطنى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم رد نكاح ثيب وبكر أنكحهما أبوها وهما كارهتان . قال ابن القطان : وتزوجت خنساء بمن هوته وهو أبو لبابة بن عبد المنذر ، صرح به فى سنن ابن ماجه فولدت له السائب بن أبى لبابة اه . وهذا الحديث وإن كان فيه إسحاق بن إبراهيم بن جرير الطبرى وهو ضعيف لكن لم يتفرد به عن الزمارى فقد رواه عنه أيضا أبو سلمة مسلم بن محمد بن عمار الصنعانى . وهم الدارقطنى الزمارى نفسه عن الثورى وصوب إرساله عن يحيى عن المهاجر عن عكرمة مرسل ، وعلى كل حال يتم به المقصود الذى سقناه له . وأخرج الدارقطنى عن شعيب بن إسحاق عن الأوزاعى عن عطاء عن جابر « أن رجلا زوج ابنته وهى بكر من غير أمرها ، فأنت النبي صلى الله عليه وسلم ففرق بينهما » فهذا عن جابر ، وهم شعيبا فى رفعه قال : والصحيح أنه مرسل ، وبه يتم مقصودنا إما لأنه حجة وإما لأننا ذكرناه للاستشهاد والتقوية . وأحاديث أخر رويت عن ابن عمر وعائشة وإن تكلم فيها . وأما ما استدلوا به من قوله صلى الله عليه وسلم « الثيب أحق بنفسها من وليها ، والبكر يستأمرها أبوها فى نفسها » باعتبار أنه خص الثيب بأنها أحق ، فأفاد أن البكر ليست أحق بنفسها منه فاستفادة ذلك بالمفهوم وهوليس حجة عندنا ، ولو سلم فلا يعارض المفهوم الصريح الذى ذكرناه من رده ، ولو سلم فنفس نظم باقى الحديث يخالف المفهوم وهو قوله صلى الله عليه وسلم « والبكر يستأمرها » الخ ، إذ وجوب الاستئثار على ما يفيد لفظ الخبر متناف للإجبار لأنه طلب الأمر أو الإذن ، وفائدته الظاهرة ليست إلا ليستعلم رضاها أو علمه فيعمل على وفقه ، هذا هو الظاهر من طلب الاستئذان فيجب البقاء معه وتقديمه على المفهوم لو عارضه . والحاصل من لفظ إثبات الأحقية للثيب بنفسها مطلقا ، ثم أثبت مثله للبكر حيث أثبت لها حق أن تستأمر ، وغاية الأمر أنه نص على أحقية كل من الثيب والبكر بلفظ يخصها كأنه قال : الثيب أحق بنفسها والبكر أحق بنفسها أيضا ، غير أنه أفاد أحقية البكر بإخراجه فى ضمن إثبات حق الاستئثار لها . وسببه أن البكر لا تخطب إلى نفسها عادة بل إلى وليها ، بخلاف الثيب ، فلما كان الحال أنها أحق بنفسها وخطبتها تقع للولى صرح بإيجاب استئماره إياها فلا يفتات عليها بتزويجها قبل أن يظهر رضاها بالخطاب ، ويعضد هذا المعنى الرواية الأخرى الثابتة فى صحيح مسلم وأبى داود والترمذى والنسائى ومالك فى الموطأ « الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن فى نفسها ، وإذنها صماتها » والأيم من لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا على ما ذكرناه قرينا فلإنها صريحة فى إثبات الأحقية للبكر ثم تخصيصها بالاستئذان وذلك لما قلناه من السبب وبه تتفق الروايتان ، بخلاف ما مشوا عليه فإنه إثبات المعارضة بينهما وتخصيص المنطوق وهو الأيم لإعمال المفهوم ، مع أن باقى نفس رواية الثيب ظاهرة فى خلاف المفهوم على ما قررناه وصريح الرد الذى صح عنه صلى الله عليه وسلم كما مر ، فلا يجوز العدول عما ذهبنا إليه فى تقرير الحديث خصوصا وهو جمع ظاهر لا بطريق الحمل والتخصيص ولا يدفعه قاعدة لغوية ولا أصلية وفى سنن النسائى عن عائشة رضى الله عنها « أنها أخبرت أن فتاة دخلت عليها

وفيا نحن فيه ليس بوجود لأنه قد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار الإجبار عليها كالأجبار على الغلام ، فإن كان صغيرا جاز لقصور العقل ، وإن كان بالغا لا يجوز وصار كالتصرف فى المال : أى فى مال البكر البالغة

وإنما يملك الأب قبض الصداق برضاها دلالة

فقلت : إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع خصيسته وأنا كارهة ، فقلت اجلسي حتى يأتي رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته ، فأرسل إلى أبيها فجعل الأمر إليها ، فقلت : يا رسول الله قد أجزت ما صنع أبي ، وإنما أردت أن أعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء ، وهذا يفيد بعمومه أن ليس له المباشرة حقا ثابتا بل استحباب . وفيه دليل من جهة تقريره صلى الله عليه وسلم قولها ذلك أيضا ، وهو حديث حجة ، وما قيل هو مرسل ابن أبي بردة فالمرسل حجة وبعد التسليم فليس بصحيح ، فإن سند النسائي قال : حدثنا زياد بن أيوب عن علي بن عراب عن كهمس بن الحسن عن عبد الله بن بريدة ، ورواه ابن ماجه : حدثنا هناد بن السرى حدثنا وكيع عن كهمس بن الحسن عن ابن بريدة عن أبيه قال : جاءت فتاة ، وحمله على أن ذلك لعدم الكفاءة خلاف الأصل مع أن العرب إنما يعتبرون في الكفاءة النسب والزوج كان ابن عمها . وأما الدلالة فلا ولاية له أن يتصرف في أقل شيء من مال البكر البالغة إلا بإذنها ، وكل المال دون النفس فكيف يملك أن يخرجها : قسرا إلى من هو أبغض الخلق إليها ويملكه رقاها ، ومعلوم أن ذهاب جميع مالها أهون عليها من ذلك فهذا مما ينبو عنه قواعد الشرع . وأما الاقتضاء فجميع ما في السنة من الصحاح والحسان المصروفة باستئذان البكر ومنع التنفيذ عليها بلا إذنها كما في حديث أبي هريرة « لا تنكح البكر حتى تستأذن » الحديث ، وسيأتي لا يعقل له فائدة إلا العمل على وفقه لاستحالة أن يكون الغرض من استئذنها أن تخالف ، فلو كان الإيجاب ثابتا لزم ذلك وعزى الأمر بالاستئذان عن الفائدة بل لزم الإحالة ، ولما لم يكن الاقتضاء المصطلح قلنا فيما تقدم إنه نوع منه فظهر ظهورا لا مرد له أن إيجاب استئذنها صريح في نفي إجبارها والولاية عليها في ذلك . وأما تحقيق مقصود شرعية العقد فلأن المقصود من شرعيته انتظام المصالح بين الزوجين ليحصل النسل ويترتب بينهما ولا يتحقق هذا مع غاية المنافرة : فإذا عرف قيام سبب انتفاء المقصود الشرعي قبل الشروع وجب أن لا يجوز لأنه حينئذ عقد لا يترتب عليه فائده ظاهرا ، بخلاف ما إذا لم يكن ذلك ظاهرا ثم يطرق بعد العقد والله سبحانه أعلم (قوله وإنما يملك الخ) يعني أن العادة جرت بقبض الآباء أصدقة الأبيكار ليجهزوهن بها مع أموال أنفسهن من غير معارضة البنات في ذلك لآبائهن ، ولا استحياء البنات من المطالبة والاقتضاء فكان الإذن منهن ثابتا دلالة نظرا إلى ما ذكرنا فعن ذلك يبرأ الزوج بالدفع إليه إلا أن يوجد نهيا صريحا لأن الدلالة لا تعتبر مع الصريح بخلاف متعلقها . ومن فروع قبض الأب صداقها أنه لا يملك إلا قبض المسمى حتى لو كانت بيضا لا يلى قبض السود وبالعكس لأنه استبدال ولا يملكه . قال الحلواني : هذا مذهب علمائنا . وعن علماء بلخ أنهم جوزوا ذلك وهو أرفق بالناس . وفي الفتاوى الصغرى : وإن قبض الضياع : يعني بدل المسمى لا يجوز إلا في مكان جرت العادة فيه بذلك كما في رسالتنا يأخضون ببعض المهر ضياعا ، هذا إذا كانت كبيرة بكرا ، فلو كانت صغيرة جاز قبض الضياع وغيرها مما يختاره لأنه بيع والأب يملك بيع مال بنته الصغيرة : وفي النوازل : وإن كان في بلد يتعارفون قبض الضياع بأضعاف قيمتها جاز لأنه قبض المهر بحكم العرف وليس شراء في الحقيقة ، ولأب أن يطالب بالمهر وإن كانت الزوجة صغيرة لا يستمتع بها ، بخلاف النفقة لأنها جزء الاحتباس ، ووجوب المهر حكم نفس العقد . والجد عند عدم

فإنه لا يجوز للأب التصرف فيه . وقوله (وإنما يملك الأب قبض الصداق برضاها دلالة) جواب عن قوله ولهذا يقبض الأب صداقها . ووجه ذلك أن الظاهر أن البكر تستحي عن قبض صداقها وأن الأب هو الذي يقبض ذلك

ولهذا لا يملك مع نهيها . قال (وإذا استأذنها فسكتت أو ضحكت فهو إذن) لقوله صلى الله عليه وسلم « البكر تستأمر في نفسها ، فإن سككت فقد رضيت » ولأن جنبه الرضا فيه راجحة ، لأنها تستحي عن إظهار الرغبة لأعن الرد والضحك أدل على الرضا من السكوت ، بخلاف ما إذا بكت لأنه دليل السخط والكراهة . وقيل إذا

الأب كالأب ، ولا يملك غيرهما قبض المهر ولا الأم إلا بحكم الوصاية والزوجة صغيرة ، حتى لو قبضت الأم بلا وصاية فكبرت البنت لها مطالبة الزوج ويرجع هو على الأم ، كذا ذكر . وفي جوامع الفقه زاد : للقاضي قبض صدق البكر صغيرة كانت أو كبيرة إلا إذا زفت . ولو طلب الأب مهرها ، أعنى البكر البالغة فقال الزوج دخلت بها : يعنى فلا تملك قبضه ، لأنها خرجت عن حكم الأبكار وقال الأب بل هي بكر في منزلي فالقول قول الأب لأن الزوج يدعى حادثا بلا بينة ، فإن قال الزوج حلفه أنه لم يعلم أنى دخلت بها قال الصدر الشهيد يحتمل أن يحلف وهو صواب لأن الأب لو أقر بذلك صح إقراره في حق نفسه حتى لم يكن له أن يطالب بالمهر وكانت المطالبة للبنت فكان التحليف مفيدا . قال : ورأيت في أدب الخصاص بأنه لا يحلف ، ولو طالبت الزوج فادعى دفعه للأب ولا بينة غير أن الأب أقر أنه قبضه إن كانت البنت بكرا وقت الإقرار صدق أو ثيبا فلا ، لأن إقراره حالة البكارة في حال ولاية قبضه بخلاف حال الثبوبة ، ولا يشكل عدم تصديقه حال الثبوبة إذا كانت كبيرة . فلو كانت صغيرة صدق ، ولو تزوجها صغيرة فدخل بها ثم بلغت فطلبت المهر فقال الزوج دفعته إلى أبيك وأنت صغيرة وصدقه الأب لا يصح إقراره عليها اليوم . ولها أن تأخذ المهر من الزوج ، وليس للزوج أن يرجع على الأب لأنه أقر باستحقاقه القبض إلا إن قال عند القبض المهر أخذته منك على أن أبرأتك من صدق بنتي ، فحينئذ له أن يرجع عليه إذا أنكرت (قوله وإذا استأذنها فسكتت الخ) ظاهر حكما ودليلا ، والمراد بالسكوت الاختياري ، فلو أخذها سعال أو عطاس أو أخذ فيها فخلصت فردت ارتد ، ولا فرق بين العلم والجهل . في التجنيس : حتى لو تزوجها أبوها فسكتت وهي لا تعلم أن السكوت رضا جاز ، ولو تبسمت يكون إذنا في الصحيح ، وما حكاه بقوله وقيل إذا ضحكت كالمستهزئة لا يكون رضا ، وضحك الاستهزاء لا يخفى على من يحضره ، وإذا بكت بلا صوت لا يكون ردا اختير للفتوى . وعن أبي يوسف في البكاء أنه رضا لأنه لشدة الحياء . وعن محمد رد لأن وضعه لإظهار الكراهة . والمعول عليه اعتبار قرائن الأحوال في البكاء والضحك ، فإن تعارضت أو أشكل احتيط ، وعن هذا ما اعتبر بعضهم من أن دموعها إن كانت حارة فهو رد أو باردة فهو رضا ، لكنه اعتبار قليل الحدوى أو عديمه ، إذ الإحساس بكيفية الدمع لا ينهي إلا لحد الباكي ، ولو ذهب إنسان يحسه لا يدرك حقيقة المقصود وليس بمعتاد ولا يطمئن به القلب ، إلا أنه كذا ذكر . وذكر شيخ الإسلام وغيره مسائل اعتبرت السكوت فيها رضا منها هذه ، وضمنت إليها ما تيسر وقد جمعها في هذه الأبيات تسهيلا لحفظها :

سكوت بكر في النكاح وفي	قبض الأبوين صداقها إذن
قبض المملك والمبيع ولو	في فاسد وإذا اشترى قن
وكذا الصبي وذو الشراء إذا	كان الخيار له كذا سنوا

ليجهزها بذلك مع مال نفسه ليعت بها إلى زوجها فكان ذلك إذنا دلالة (ولهذا لا يملك مع نهيها) لأن الدلالة تبطل بصريح يخالفها . وقوله (وإذا استأذنها الولي) ظاهر .

مولى الأسير يباع وهو يرى وأبو الوليد إذا انقضى الزمن
وعقيب شق الزرق أو حلف ينفي به الإسكان إذ ضنوا
وعقيب قول مواضع تمضي أو وضع مال ذا له يرونو
وبلسوغ جارية وزوجها غير الأئين بذاك قد منوا
وكذا الشفيع وذو الجهالة في نسب شراه من به ضغن
وإذا يقول لغيره فسكت هذا متاعى بعه يامعن
وإذا رأى ملكا يباع له وتصرفوا زمنا فلم يدنو

قولى سكوت بكر يشمل ما قبل النكاح وما بعده : أعني إذا زوجها فباعها فسكت ، وقبض الملك يدخل فيه الموهوب والمتصدق به إذا قبض بمرأى من الملك فسكت كان قبضا معتبرا يثبت به الملك ، وكذا المبيع ولو في بيع فاسد إذا قبضه المشتري بمرأى من البائع فسكت صح فيسقط حق حبس البائع إياه إلى استيفاء الثمن فليس له أن يسترده بل يطالب بالثمن . وفي كتاب الإكراه لا يكون إذا صححها في الفاسد . وإذا اشترى قن : يعني إذا اشترى العبد شيئا بحضرة سيده فسكت كان إذا . قال الحلواني : لكن نفس ما وقعت الروية فيه لا يجوز بل مابعده ، والصبي إذا اشترى أو باع بمرأى من وليه فسكت كالعبد ، وذو الشراء : أى المشتري عبدا إذا كان له الخيار فرأى العبد يبيع أو يشتري فسكت سقط خياره لأن الإذن فرع تقاض البيع . ومولى الأسير : أى العبد الذى أسر إذا ظهر على دار الحرب فوقع في سهم مسلم كان مولاه أحق به بالقيمة ، فلو باعه من آخر ومولاه يراه فسكت بطل حقه وليس له أن يأخذه . وأبو الوليد إذا سكت ولم ينفعه حتى مضت أيام التهنئة على الخلاف في مقدار زمنه أهو الأسبوع أو مدة النفاس لزمه فلا ينتفى بعد ، والسكوت عقيب شق رجل زقه حتى سال ما فيه لا يضمن الشاق ما سال وعقيب الحلف على أن لا أسكن فلانا وفلان ساكن فيحنت ، فإن قال عقبه اخرج فأبى لم يحنت . وعقيب قول مواضع أى رجل واضح غيره على أن يظهر بيع تلجئة ثم قال بدا لى أن أجعله بيعا نافذا بمسمع من الآخر فسكت ثم عقد كان نافذا . وعقيب وضع . رجل متاعه بحضرة وهو ينظر إليه يكون قبولا للوديعة فيلزمه حفظها ويضمن بتركه . والشفيع إذا بلغه بيع ما يشفع فيه فسكت كان تسليما ، وذو الجهالة : أى مجهول النسب إذا بيع فسكت فهو إقرار بالرق فلا يقبل دعواه الحرية إلا ببينة ، زاد الطحاوى في اعتبار سكوته رضا . وقيل له في بيع سبيلك فقام . وإذا يقول رجل لغيره بيع متاعى فسكت ثم باعه بعد يكون سكوته قبولا للوكالة فلا يكون بيع فضولى ؛ وليس من فروع هذه ما في الجوامع : لو استأمر بنت عمه لنفسه وهى بكر بالغة فسكتت فزوجها من نفسه جاز ، لأنه صار وكيفا بسكوتها . وإذا رأى ملكا له متقولا أو عقارا يباع فسكت حتى قبضه المشتري وتصرف فيه زمانا سقط دعواه إياه ذكره في منية الفقهاء وغيرها ، بخلاف مالهو كان سكوته عند مجرد البيع فإنه لا يكون رضا اعترافا بأن لاحق فيه عندنا خلافا لابن أبي ليل . والتي زدها مسألة الوديعة ، والاستبراء يفيد عدم

ضحكت كالمستهزئة بما سمعت لا يكون رضا، وإذا بكت بلا صوت لم يكن ردا. قال (وإن فعل هذا غير ولى) يعنى استأمر غير الولى (أو ولى غيره أولى منه لم يكن رضا حتى تتكلم به) لأن هذا السكوت لقلة الالتفات إلى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا، ولو وقع فهو محتمل، والاكتفاء بمثله للحاجة ولا حاجة في حق غير الأولياء، بخلاف ما إذا كان المستأمر رسول الولى لأنه قائم مقامه، ويعتبر في الاستأمر تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة لتظهر رغبته فيه من رغبته عنه

الحصر وهذه المشهورة المحصورة (قوله وإن فعل هذا) أى الاستئذان (غير ولى) بأن كان الأب كافرا أو عبدا أو مكاتبا (أو ولى غيره أولى منه) كالأخ مع الأب (لم يكن) سكوتها ولا ضحكها (رضا) بل نطقها به وهذا يشمل رسول الولى فأخرجه آخر بقوله، بخلاف ما إذا كان المستأمر رسول الولى لأنه قائم مقامه فيكون سكوتها عند استئذانه رضا. وعن الكرخي: يكفي سكوتها وإن كان استأمر أجنبيا لأن استحياءها منه أكثر منه مع الولى. قلنا: السكوت فيه له ظاهر آخر وهو قلة الالتفات إلى كلامه فصار محتملا على السواء فلم يقع دلالة على الرضا إلا للحاجة وهى تندفع باعتباره مع الأولياء لأنهم هم المزوجون غالبا فكان اعتباره في محل الحاجة: بخلاف غيرهم إذ لا يعتبر المحتمل في غير محل الحاجة، وإنما كان حاجة لأنها لا تنطق، فلو لم يكتف بالمحتمل تعطلت مصالحها، وهذا يقتضى أنه مع الأولياء أيضا محتمل على السواء، وينافيه قوله لأن جنبه الرضا فيه غالبه فكان الأولى الاقتصاد على قوله فلم يقع دلالة على الرضا. وقول المصنف: ولو وقع كان محتملا، ظاهر العبارة: ولو وقع دلالة كان محتملا إن أراد احتمالا مساويا لم يصح جعله دلالة. وإن أراد مرجوحا كان الرضا مظنونا فهو دلالة فيكون كافيا مطلقا لا يتقيد بحالة كون المستأمر ولى. فإن قيل: يشكل على هذا الحكم المذكور إطلاق قوله صلى الله عليه وسلم «إذنها أن تسكت» ونحوه من غير تقييد بكون المستأمر ولى. قلنا: يتقيد بالعرف والعادة وهى أن المستأذن للبكر ليس إلا الولى بل لا يخلص إليها غيره (قوله ويعتبر في الاستئثار) أى يعتبر في كون السكوت رضا في الاستئثار (تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة لها) إما باسمه كأزوتجك من فلان أو فلان أو في ضمن العام لا كل عام نحو من جيرانى أو بنى عمى وهم محصورون معروفون لها لأن عند ذلك لا يعارض كون سكوتها رضا معارض، بخلاف من بنى نعيم أو من رجل لأنه لعدم تسميته بضعف الظن. ولوزوجها بحضرتها فسكتت اختلف فيه، والأصح الصحة، وينبغى تقييده بما إذا كان الزوج حاضرا أو عرفته قبل ذلك ولوزوجها (١) بحضرتها بغير كفء فسكتت

وقوله (وإن فعل هذا) يعنى الاستئثار والاستئذان (غير ولى) وهو الأجانب أو قريب ليس بولى بأن كان كافرا أو عبدا أو مكاتبا (أو ولى غيره أولى منه) كاستئذان الأخ مع وجود الأب (لا يكون رضا حتى تتكلم به لأن هذا السكوت لقلة الالتفات إلى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا) وقوله (ولو وقع) أى السكوت دليلا (فهو) دليل (محتمل) يحتمل الإذن والرد (والاكتفاء بمثله) فى الدلالة (للحاجة ولا حاجة فى حق غير الأولياء) لأنه فضولى، أو فى حق ولى غيره أحق لعدم الالتفات إلى كلامه (بخلاف ما إذا كان المستأمر رسول الولى لأنه قائم مقامه) وقوله (يعتبر فى الاستئثار تسمية الزوج) يعنى إذا استأمر فلا بد أن يسمى الزوج على وجه تعرفه. أما إذا أبهم وقال إني أزوتجك رجلا فسكتت لا يكون السكوت رضا

(١) قوله (ولو زوجها) إلى آخر العبارة: هذه زيادة ثبتت فى نسخة وسقطت من أخرى فحرزها كتبه معنحه.

(ولا تشترط تسمية المهر هو الصحيح) لأن النكاح صحيح بدونه : ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا

لم يكن رضا في قول محمد بن سلمة ، وهو قول أبي يوسف ومحمد . قال الفقيه أبو الليث : وهو يوافق قولهما في الصغيرة (قوله ولا يشترط تسمية المهر) أى في كون السكوت رضا . وقيل يشترط باختلاف الرغبة باختلاف الصداق قلة وكثرة ، والصحيح الأول لأن النكاح صحة بدونه . وصحح في شرح الوافي أن المزوج إن كان الأب أو الجد لا يشترط وإلا اشترط ، لأن الأب لو نزل عن مهر المثل لا يكون إلا لمصلحة تربو عليه ، فإن سمي المهر أقل من مهر المثل لا يكون سكوتها رضا اهـ . والأوجه الإطلاق ، وما ذكر من التفصيل ليس بشيء لأن ذلك في ترويج الصغيرة بمحكم الخبر . والكلام في الكبيرة التي وجبت مشاورته لها والأب في ذلك كالأجنبي لا يصدر عن شيء من أمرها إلا برضاها . غير أن رضاها يثبت بالسكوت عند عدم ما يضعف ظن كونه رضا . ومقتضى النظر أن لا يصح بلا تسمية المهر لها لجواز كونها لا ترضى إلا بالزائد على مهر المثل بكمية خاصة ، فما لم تعلم ثبوتها لا ترضى . وصحة العقد بلا تسمية هو فيما إذا رضيت بالتفويض وقنعت بمهر المثل بدلالة زائدة على السكوت ، وكون الظاهر من الأب أن لا يتركه إلا لما يربو عليه لا يقتضى رضاها بتركه لتلك المصلحة فقد لا تختار ذلك ، والكلام في البكر الكبيرة ، والمسئلة المعروفة فيه من قول أبي حنيفة إنما هو في الصغيرة ، أما الكبيرة فنفاذ ترويج الأب موقوف على رضاها كالكوكيل ، غير أن سكوتها جعل دلالة شرعا . فإذا عارضه ترك التسمية أو تسمية الناقص صار محتملا على السواء لكونه للرضا أو لخوف الرد عليه مع علمه فلا يثبت الرضا به ، وفي غيره ليس الاحتمال متساويا بل الراجح جنبه الرضا ، فما اكتفى إلا بالمظنون على ما ذكرناه آنفا . وقد يقال : سكوتها إذا لم يسم لها الولي مهرها مع علمها بأنه يعتبر رضا وينفذ العقد عليها تفويض ورضا بمهر المثل وبكل مهر ، لكن يدفع بأن علمها بأن سكوتها رضا مع عدم التسمية بكل مهر هو محل النزاع فلا يلزم علمها . وفي التجنيس في باب ما يكون رضا وإجازة : إذا ذكر الزوج ولم يذكر المهر فسكتت ، إن وهبها يعني إن فوضها ينفذ النكاح ، وإن زوجها بمهر مسمى لا ينفذ ، لأنه إذا وهبها فتمام العقد بالزوج والمرأة عالمة به ، وإذا سمي مهرها فتمامه به أيضا . وهو فرع اشتراط التسمية في كون السكوت رضا ، ويجب كون الجواب في المسئلة الأولى مقيدا بما إذا علمت بالتفويض تفريعا على القول الآخر (قوله ولو زوجها فبلغها الخبر فهو على ما ذكرنا) من أنها إن سكنت أو ضحكت بلا استهزاء

(ولا يشترط تسمية المهر هو الصحيح) وقوله هو الصحيح احتراز عن قول من قال من المتأخرين لا بد من تسمية المهر في الاستمثار لأن رغبته تختلف باختلاف الصداق في القلة والكثرة . وجه الصحيح ما ذكره أن للنكاح صحة بدونه فلا يحتاج إلى ذكره (ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا) من كونه رضا . وكان محمد بن مقاتل يقول : إذا استأمرها قبل العقد فسكتت فهو رضا منها بالنص ، فأما إذا بلغها العقد فسكتت فلا يتم العقد لأن الحاجة ههنا إلى الإجازة ، والسكوت لا يكون إجازة لأن هذا ليس في معنى المنصوص عليه فإن السكوت عند الاستمثار لا يكون ملزما لتمكينا أن ترجع قبل العقد وحين بلغها الخبر يكون ملزما فلا يمكنها الرجوع فلا يلزم النكاح بمجرد السكوت ، لكننا نقول هذا في معنى المنصوص لأن لها عند الاستمثار جوابين : لا ، ونعم . فيكون سكوتها دليلا على الجواب الذى يحول الحياء بينها وبينه وهو نعم لما فيه من إظهار الرغبة في الرجال وهو موجود فيها إذا بلغها العقد . وهو معنى قوله لأن رجه الدلالة في السكوت لا يختلف .

لأن وجه الدلالة في السكوت لا يختلف ، ثم المخبر إن كان فضوليا يشترط فيه العدد أو العدالة عند أبي حنيفة رحمه الله

أوبكت بغير صوت فهو رضا وإلا فلا اه . وقال ابن مقاتل : لا يكون السكوت بعد العقد رضا لأن كونه قبله رضا على خلاف القياس بالنص ، وأما بعده فالحاجة إلى الإجازة والسكوت لا يكون إجازة لأنه ليس في معنى المنصوص ، فإن السكوت عند الاستئثار ليس ملزما وبعده إذا بلغها الخبر ملزم فلا يثبت بمجرد السكوت . وعن أبي يوسف : السكوت بعد العقد رد ذكره في البدائع ، قال : وهو قول محمد ، والأصح الأول لأن وجه كون السكوت رضا لا يختلف قبل العقد وبعده ، فكما كان إذا قبله لدلالته على الرضا وجب أن يكون إجازة بعده لدلالته عليه ، ولا أثر للفرق بكونه ملزما وعدمه على أن الحق أنه ملزم في كل منهما ، غير أنه في تقدم العقد يثبت به الزوم في الحال وقبله يتوقف على التزويج من المستأذن . فإن قيل . يوجه قول ابن مقاتل ورواية أبي يوسف بالنص وهو رواية الأئمة الستة عن أبي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم قال « لا تنكح الأيم حتى تستأمر : ولا تنكح البكر حتى تستأذن ، قالوا : يا رسول الله وكيف إذن ؟ قال : أن تسكت » فهذا صريح في منع النكاح قبل الاستئذان . فالجواب أن الاتفاق على أنها لو صرحت بالرضا بعد العقد نطقا جاز النكاح مع أنه متناول ظاهر النهي ، فعلم أن الاتفاق على أن المراد بالنهي المنع عن تنفيذ العقد عليها وإبرامه قبل إذنها . وإنما الخلاف في أن الإجازة بعد العقد بماذا تكون ، فقلنا : دل النص على كونها بما كان الإذن به قبله ، ولا يعارضه النهي المذكور بعد الاتفاق ، على أن المراد منه ما ذكرنا ، وعلى هذا فرعوا أنه لو استأذنها في معين فردت ثم زوجها منه فسكت جاز على الأصح ، بخلاف ما لو بلغها فردت ثم قالت رضيت حيث لا يجوز لأن العقد بطل بالرد فالرضا بعد ذلك بعقد مفسوخ ، ولذا استحسنا التجديد عند الزفاف فيما إذا زوج قبل الاستئذان ، إذ غالب حالهن إظهار النفرة عند فجأة السماع . هذا والأوجه عدم الصحة لأن ذلك الرد الصريح لا ينزل عن تضعيف كون ذلك السكوت دلالة الرضا ، ولو كانت قالت قد كنت قلت لا أريده ولم ترد على هذا لا يجوز النكاح للإخبار بأنها على امتناعها .

[فروع] ولو زوجها وليان مستويان كل من واحد فسكت ؛ فعن محمد بطلا كما لو أجازتهما معا وهو القياس لأن سكوتها رضا . وظاهر الجواب أنهما يتوقفان حتى تميز أحدهما بالقول أو بالفعل . ونقله في البدائع عن محمد فعنه حينئذ روايتان . ولو زوجها من رجل فبلغها فردت ثم قالت في مجلس آخر بعد ما قال لها إن أقوما

وقوله (ثم المخبر إن كان فضوليا) اعلم أن محل الخبر إذا كان في حقوق العباد فهو على ثلاثة أقسام : ما فيه إلزام محض كالبيع والأشربة والأملاك المرسلة ونحوها ، وما ليس فيه إلزام أصلا كالوكالات والمضاربات والرسالة في الهدايا والإذن في التجارات وما أشبه ذلك ، وما فيه إلزام من وجه دون وجه كالتى نحن فيها وأخواتها كعزل الوكيل وحجر المأذون وإخبار المولى بجنابة عبده ونحوها . فالأول يشترط فيه العقل والعدالة والضبط والإسلام والحرية مع العدد ولفظ الشهادة . والثاني يشترط فيه التمييز دون العدالة . والثالث إن كان المبلغ رسولا أو وكلا لم يشترط فيه العدالة لأنه قائم مقام غيره ، فلو أخبر الغير بنفسه لم يشترط فيه العدالة فكذا ههنا بالاتفاق ، وإن كان فضوليا يشترط فيه أحد شطرى الشهادة : إما العدد أو العدالة عند أبي حنيفة ، وعندهما هو نظير القسم الثاني

(قوله وإخبار المولى بجنابة عبده) أقول : الأظهر أن يقول : وجناية العبد .

خلافاً لهما ، ولو كان رسولا لا يشترط إجماعاً وله نظائر (ولو استأذن الثيب فلا بد من رضاها بالقول) لقوله صلى الله عليه وسلم « الثيب تشاور » ولأن النطق لا يعد عيباً منها وقل الحياء بالممارسة

يخطبونك : أنا راضية بما تفعل فزوجها من الأول لا ينفذ عليها إلا بإجازة مستقبلية لأن تقدير كلامه إذا رعبت عن فلان فإن أقواماً آخرين يخطبونك فلا ينصرف رضاها الآن إلى ما يعم الأول ، وهذا كمن طلق امرأته ثم قال لرجل إني كرهت فلانة فطلقتها فزوجني بامرأة ترضاها فزوجها المطلقة لا يصح . وكذا إذا باع عبداً ثم وكل رجلاً بشراء عبد فاشترى له الأول لا يصح ، ولو زوجها فبلغها فقالت لا أريد النكاح فهو رد على الأصح ، وقولها غيره أحب إلى قبل العقد رد ، وبعده إذن لأنه محتمل فلا يجوز قبل النكاح بالشك ولا يبطل بعده بالشك ، كذا في الواقعات . وقولها ذلك إليك إذن ، وقولها أنت أعلم ليس بإذن لأنه تعريب قولها أو يقاربه بالفارسية « توبه دان » ولو استأذنها فقالت لا يكون إذناً لأنه قد يذكر للتعريض لعدم المصلحة فيه . وحقيقة توبه دان أنت بالمصلحة أخبر أو بالأحسن أعلم ، وهذا اختيار الفقيه أبي الليث ، بخلاف قولها ذلك إليك فإنه إذن لأنه إنما يذكر للتوكيل . ولا يخفى أن مسألة : غيره أحب إلى مشكلة ، ولا يخفى ضعف قوله لا يبطل بعده بالشك لأن ذلك إنما يتم بعد الصحة وهي بعد الإذن (قوله وله نظائر) كإخبار الوكيل بالعزل والمأذون بالحجر والمولى بجنابة عبده ليكون بيعه وإعتاقه اختياراً للقضاء والشفيع يبيع ما يشفع فيه وبفسخ الشركة والمضاربة ووجوب الأحكام على المسلم الذي لم يهاجر في دار الحرب إن كان الخبر رسولا لا يشترط اتفاقاً ولو فاسقاً أو عبداً لأنه قائم مقام المرسل في إخباره كإخباره ، وإن كان فضولياً فعلى الخلاف عنده يشترط في لزوم الحكم العدد أو عدالة الواحد ، فلو أخبر غير المهاجر بحكم شرعي لا يثبت في حقه إلا بائنين أو عدالة الواحد (قوله وإذا استأذن الثيب) أى الكبيرة ، أما الصغيرة فلا استئذان في حقها أصلاً كالبكر الصغيرة (فلا بد من رضاها بالقول لقوله صلى الله عليه وسلم « الثيب تشاور ») ولا تكون المشاورة إلا بالقول لأنها طلب الرأى ، ثم هي مفاعلة فتقتضى وجوده من الجانبين ، وفي كل من الحكم والدليل نظر . أما الدليل فلعدم دلالة على لزوم القول . سلمنا أن المشاورة طلب الرأى لكن لا نسلم أنه يشترط في إفادة الرأى فعل اللسان بل قد يفاد بغيره ولزوم القول في حق الطالب ضرورى لا مفهوم اللغة ، وحينئذ فكون المشاورة تستدعى جواباً باللفظ ممنوع ، واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم في حديث أبي هريرة السابق « لاتنكح الأيم حتى

في اشتراط أن يكون الخبر مميزاً سواء كان عدلاً أو لم يكن ، وموضع ذلك أصول الفقه (ولو استأذن الثيب فلا بد من رضاها بالقول لقوله عليه الصلاة والسلام « الثيب تشاور ») وجه الاستدلال أن المشاورة من باب المفاعلة وهي تقتضى الفعل من الجانبين ، وقد وجد النطق من الولي بالسؤال فلا بد من النطق منها في الجواب . وقيل المشاورة عبارة عن طلب الرأى بالإشارة إلى الصواب وذلك لا يكون إلا بالنطق (ولأن النطق) في النكاح من الثيب (لا يعد عيباً) وإذا لم يعد عيباً لم يكن بمعنى النطق في البكر لأنه يعد منها عيباً ، وإذا لم يكن في معناه لا يلحق به ، ولأن السكوت صار رضا لتوفر الحياء ، فإن عائشة لما أخبرت أن البكر تستحي قال عليه الصلاة والسلام « سكوتها

(قوله وذلك لا يكون إلا بالنطق) أقول : في الحصر كلام لجواز أن يكون بالإشارة والكتابة (قوله وإذا لم يكن في معناه لا يلحق به) أقول : في عدم لزومه وقيام السكوت مقامه (قوله ولأن السكوت صار رضا لتوفر الحياء) أقول : الظاهر أنه لا فرق بين ذينك التعليلين إلا في العبارة ألا يرى إلى قوله فيها يحى فيميئونها بالنطق فتستحي فليتامل .

فلا مانع من النطق في حقها (وإذا زالت بكارتها بوثة أو حيضة أو جراحة أو تعنيس فهي في حكم الأبكار) لأنها بكر حقيقة لأن مصيبتها أول مصيب لها ومنه الباكورة والبكرة ولأنها تستحي لعدم الممارسة (ولو زالت) بكارتها (بزنا فهي كذلك عند أبي حنيفة) وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي : لا يكتفى بسكوتها لأنها ثيب حقيقة لأن مصيبتها عائد إليها ومنه المثوبة والمثابة والثوب ، ولأبي حنيفة أن الناس عرفوها بكرا

تستأمر « والأمر يكون بالقول لا بغيره ، ومنع بما في السنن من حديث ابن عباس رضي الله عنهما « والبكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها » . وأجيب بأنه خرج عن حقيقته هنا بقريته قوله « وإذنها صماتها » ويوجد مثلها في الثيب فتجب حقيقته . وأصرح من هذا قوله في حديث آخر « والثيب يعرب عنها لسانها » لكن يشكل عليه أن الحكم في المذهب خلافه وهو النظر الثاني ، بل إما به كنعم أو رضى أو بارك الله لنا أو أحسنت ، وبالدلالة كطلب المهر أو النفقة أو تمكينها من الوطء وقبول التهنة والضحك سرورا لا استهزاء ، وحينئذ فلا فرق سوى أن سكوت البكر رضا ، بخلاف الثيب لا بد في حقها من دلالة زائدة على مجرد السكوت . والحق أن الكل من قبيل القول ، إلا التمكين فيثبت بدلالة نص إلزام القول لأنه فوق القول (قوله وإذا زالت بكارتها الخ) أى إذا زالت بوثة أو حيضة أو جراحة أو تعنيس وهو أن تصير عانسا : أى نصفاً لم تزوج ، أو خرق استنجاء أو عود أو حمل ثقيل تزوج كالأبكار اتفاقاً ، وكذا إذا فارقتها الزوج لحب أو عنة أو طلقها قبل الدخول ولو بعد الخلوة ، وهذا مما يخالف حكم الخلوة والدخول ، وكذا إذا مات بعد الخلوة قبل الدخول لأنها في هذه الصور كلها بكر حقيقة لأنها لم يصيبها مصيب ، ولهذا لو أوصى بأبكار بنى فلان دخلت هذه ومنع بالجارية تباع على أنها بكر حيث ترد

رضائها « والحياء في الثيب غير متوفر لقلته بالممارسة (فلا مانع من النطق في حقها . وإذا زالت البكارة بوثة) وهو اللوثوب من فوق (أو حيضة أو جراحة أو تعنيس) عنست الجارية وعنست عروساً : إذا تجاوزت وقت التزويج فلم تزوج (فهي في حكم الأبكار) في كون إذنها سكوتها (لأنها بكر) إذ البكر هي التي يكون مصيبتها أول مصيب ، وهذه كذلك مشتق من الباكورة وهي أول الثمار ومن البكرة وهي أول النهار . ورد بأنه لو كان كذلك لما تمكن من الرد من اشترى جارية على أنها بكر فوجدها زائلة البكارة بالبوثة لأنها بكر حقيقة على ما قلتم لكن له أن يردها . وأجيب بأن الرد باعتبار فوات وصف مرغوب فيه وهو العذرة لا لكونها غير بكر ، ولأن النطق سقط للحياء وهو موجود ههنا (لأنها تستحي لعدم الممارسة ، ولو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي : لا يكتفى بسكوتها لأنها ثيب حقيقة) إذ الثيب من يكون مصيبتها عائداً إليها مشتق من المثوبة وهي الثواب ، وإنما سمي بها لأنها مرجوع إليها في العاقبة ، ومن المثابة وهو الموضع الذي يثاب : أى يرجع إليه مرة بعد أخرى ، ومن الثوب : وهو الدعاء مرة بعد أخرى ، وإذا كانت ثيباً فلا يكتفى بسكوتها (ولأبي حنيفة أن الناس عرفوها بكرا) وتقريره أن الشرع جعل السكوت رضا بعلة الحياء على ما روينا من حديث عائشة . وإذا وجدت العلة يترتب الحكم عليها ، وههنا قد وجدت لما بينه بقوله إن الناس عرفوها بكرا

(قوله وهذه كذلك مشتق من الباكورة) أقول : بالاشتقاق الكبير ، ثم إن الملائم لكلام المصنف أن يقول مشتق منه الباكورة ، ولعله أراد التنيه على جواز القول في الاشتقاق الكبير بأشتقاق كل منهما من الآخر فنذر (قوله مشتق من المثوبة) أقول : اشتقاقاً كبيراً (قوله على ما روينا من حديث عائشة رضي الله عنها) أقول : روى ذلك قبل عشرة أسطر تخميناً ، وهو قوله « فإن عائشة رضي الله عنها لما أخبرت أن

فيعيونها بالنطق فتمتنع عنه فيكتفى بسكوته كي لاتتعطل عليها مصالحها، بخلاف ما إذا وطئت بشبهة أو بنكاح فاسد لأن الشرع أظهره حيث علق به أحكاما، أما الزنا فقد ندب إلى ستره ، حتى لو اشتهر حالها لا يكتفى بسكوته

إذا وجدت زائلة البكارة بوثة ونحوها . فلو كانت بكر لم ترد . والجواب أن البكر يقال على من لم يصيبها مصيب ، ومنه الباكورة لأول الثمار والبكرة لأول النهار . وعلى العذراء وهي أخص أو هي من لم يصيبها مصيب ومن أفرادها قائمة العذرة فهو متواطئ ، وحمل على هذا الفرد في البيع المبنى على المشاححة فردد لقوات العذرة وهي تلك الجلدة . وعلى الأعم الأوسع في النكاح المبنى على التوسعة وشدة التثبت حتى لزم من المازل والمكره وبصيغة الأمر ، بخلاف البيع . على أنه قد قيل إذا اعترف المشتري بأن زوالها بوثة لا ترد ، ولأن العادة إرادة العذرة في اشتراط البكارة في البيع فيتقيد بها . وأيضا لو أوصى لأبكار بني فلان دخلت هذه . وأيضا الاستحياء قائم وإنها علة منصوبة فيثبت الحكم في مواضع وجودها بالنص ، وفيه نظر إذ الاستحياء حكمة نص عليها لا ينافي الحكم عليها لعدم انضباطها، ولذا لو فرض أن استحياء من زالت بكارتها بزنا أشد من العذراء لا تزوج كالبكر ، وهذا لأن الحكمة وإن كانت هي المقصودة من شرع الحكم لا ينافي بها إذا كان فيها مراتب متفاوتة أو خفاء في تحققها في بعض المحال ، ولا ينافي إلا بظاهر ضابط لكل مرتبة وهو المسمى بالظنة فيثبت الحكم عند ثبوته من غير التفات إلى الحكمة وجدت أو عدمت ، ولو اعتبر هنا حياة البكر لأنه هو المنضبط اتحاد الحاصل إذ يستلزم قيام البكارة في ثبوت الحكم ، وإن زالت بزنا مشهور أو وطء بشبهة أو نكاح فاسد زوّجت كالثيبات اتفاقا ، وإن زالت بزنا غير مشهور فهو محل الخلاف ، فعندهما والشافعي تزوّج كالثيب وعنده كالبكر . وجه قولهما أنها ثيب حقيقة فإن مصيبتها عائد إليها ، ومنه المثوبة لأنها جزء عمله يعود إليه ، والمثابة الموضع الذي يرجع إليه حتى تدخل في الوصية للثيبات من بنات فلان . وله أنها عرفت بكرا فتمتنع عن النطق مخافة أن يعلم زناها حياة من ظهوره ، وذلك

(فيعيونها) وفي بعض النسخ فيعيونها (بالنطق) فتستحي (فتمتنع) من النطق وكانت العلة موجودة (فيكتفى بسكوته كي لاتتعطل عليها مصالحها) وإذا ظهر هذا سقط ما قيل هذا تعليل في مقابلة النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام « الثيب تشاور » وهو باطل لأن هذا عمل بعلة منصوص عليها لا تعليل في مقابلته . فإن قيل : لانسلم أن هدم عمل بعلة منصوص عليها لأن المنصوص عليها حياة يكون من كرم الطبيعة وذلك أمر محمود ، وهذا الحياة حياة معصية فليس من أفرادها حتى يدخل تحت النص . أجيب بأن هذا الحياة أشد لأن في الاستنطاق باعتبار أنها ثيب ظهور فاحشتها فكان كالضرب من التأفيف فيلحق به . قوله (بخلاف ما إذا وطئت بشبهة) متصل بقوله فيكتفى بسكوته : يعني أن من وطئت بشبهة (أو بنكاح فاسد) لا يكون إذنها سكوته لعدم الحياة ثمة (لأن الشرع أظهره حيث علق به أحكاما) من لزوم العلة والمهر وإثبات النسب (أما الزنا فقد ندب إلى ستره حتى لو اشتهر حالها) بإقامة الحد عليها أو لصيرورته عادة (لا يكتفى بسكوته) فإن قيل : يجب أن يكتفى بسكوته في هاتين الصورتين

البكر تستحي قال صلى الله عليه وسلم : سكوته رساها » (قوله لأن هذا عمل بعلة منصوص عليها لا تعليل في مقابلته) أقول : لا يخرج بكون العلة منصوصا عليها من كونه تعليل في مقابلة النص كما لا يخفى على من نظر في كتب الأصول ، ثم إذا خالف الدلالة العبارة فالعبارة فالتقدم للعبارة كما بين في الأصول (قوله لأن المنصوص عليها حياة يكون من كرم ، إلى قوله : فليس من أفراد الخ) أقول : فيه تأمل ، فإن الظاهر أن ذلك أيضا من كرم الطبيعة ، ولولاه لما امتنعت عن الإظهار والإعلان ، ولا يجب عليها الحد بهذا المقدار (قوله فإن قيل يجب أن يكتفى بسكوته في هاتين الصورتين أيضا) أقول : يعني في صورة إقامة الحد وصورة صيرورته عادة .

(وإذا قال الزوج بلغك النكاح فسكتت وقالت رددت فالقول قولها) وقال زفر رحمه الله : القول قوله لأن السكوت أصل والرد عارض ، فصاركالمشروط له الخيار إذا ادعى الرد بعد مضي المدة ، ونحن نقول إنه يدعى لزوم العقد وتملك البضع والمرأة تدفعه فكانت منكراً ، كالمودع إذا ادعى رد الوديعة ، بخلاف مسألة الخيار لأن اللزوم قد ظهر بمضي المدة ، وإن أقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لأنه نور دعواه بالحجة ،

أشد من حياتها بكراً من إظهار الرغبة فيثبت الجواز بدلالة نص سكوت البكر ، وهذا يفيد لو كان الحياء مطلقاً هو العلة لكنه حياء البكر الصادر عن كرم الطبيعة فلا يلحق به المتنازع فيه . وبه يندفع جواب ما أورد من قوله صلى الله عليه وسلم « لاتنكح الأيم حتى تستأمر » ، والثيب يعرب عنها لسانها » من أنه عام خصص منه الثيب المجنونة والأمة فيخص بما ذكرنا من جعل الشارع الحياء علة وهو موجود في الزنية ، ونفس المحيب صرح بعده في مسألة ثبوت الولاية على الثيب الصغيرة بأن الأيم من لازوج لها وإن كانت بكراً بعد ما نقل قول محمد لو أوصى لأياى بنى فلان لاتدخل الأبكار وصحيح دخولهن كقول الكرخي اه . والأولى أن الفرض أن الزنا غير مشهور . ففى إلزامها النطق دليل المنع من إشاعة الفاحشة فى هذه الصورة ، والمنع يقدم عند التعارض فيعمل دليل نطق الثيب فيما وراء هذه ، وأيضاً الظاهر من مواد الشارع من البكر المعتبر سكوتها رضا البكر ظاهراً كما هو فى أمثاله لا فى نفس الأمر ولذا لم يوجب على الولي استكشاف حالها عند استئذانها ، أهى بكر الآن ليكتفى بسكوتها أم لا ؟ اكتفى بالبناء على الأصل الذى لم يظهر خلافه ، والكلام هنا فى ثبوتة بزنا لم يظهر فيجب كونها بكراً شرعاً ، ولذا قلنا لو ظهر لا يكتفى بسكوتها (قوله وإذا قال الزوج بلغك الخ) صورتها : ادعى على بكر بالغة أن وليها زوجهامنه قبل استئذانها فلما بلغها سكتت وقالت بل رددت فالقول لها عندنا . وقال زفر : له تمسكه بالأصل وهو عدم الكلام . ونظير هذا الخلاف الخلاف فيما إذا قال سيد العبد إن لم تدخل الدار اليوم فأنت حر فضى اليوم وقال العبد لم أدخل وكذبه المولى فالقول قول المولى عندنا ، وعنده قول العبد ، وهذه العبارة أولى من قوله فى المبسوط : إن الخلاف فى مسألة النكاح بناء على الخلاف فى مسألة العبد إذ ليس كون أحدهما بعينه مبنى الخلاف فى الآخر بأولى من القلب بل الخلاف فيهما معا ابتداء . ووجه قوله فيهما التمسك بالأصل المتبادر وهو عدم الدخول وعدم الكلام قياساً على المتفق عليه من أن المشتري بالخيار إذا ادعى بعد مدة الخيار رد البيع قبل مضيتها وقال البائع بل سكت حتى انقضت فإن القول للبائع اتفاقاً لتمسكه بالأصل ، والشفيع إذا قال علمت بالبائع أمس وطلبت الشفعة

أيضاً لأنها داخلة تحت اسم البكر فى لسان الشرع وهو قوله عليه الصلاة والسلام « البكر بالبكر جلد مائة » أجيب بأن هذا قول بعض المشايخ وهو ضعيف بعيد فإن فى الموطوعة بالشبهة والنكاح الفاسد هذا موجود أيضاً ، ولا يكتفى بسكوتها بالإجماع فعرفنا أن المعتبر بقاء صفة الحياء . وقوله (لأن السكوت أصل والرد عارض) بناء على أن السكوت عدم الكلام ، ولا شك فى تقدمه على عروض الكلام (فصاركالمشروط له الخيار إذا ادعى الرد بعد مضي المدة) فإنه لا يعتبر قوله بل القول قول من يدعى لزوم العقد بالسكوت بالإجماع ، لأن السكوت أصل والرد عارض فكان القول قول من يدعى السكوت . وقوله (ونحن نقول) ظاهر . وحاصله أنه يعتبر الإنكار المعنوى وزفر يعتبر الإنكار الصورى . وقوله (بخلاف) جواب عن قياس زفر . ووجهه أن يجعل القول لمن يشهد له الظاهر واللزوم قد ظهر بمضى المدة فلها كان القول للساكت (وإن أقام الزوج البينة على السكوت ثبت النكاح) فإن قيل : هذه شهادة قامت على النفي لما ذكرتم أن السكوت عدم الكلام والشهادة على النفي غير مقبولة .

وإن لم تكن له بينة فلا يمين عليها عند أبي حنيفة رحمه الله وهي مسألة الاستحلاف في الأشياء الستة ، وستأتيك

وقال المشتري بل سكت القول قول المشتري ، أما لو قال طلبت الشفعة حين علمت بالبيع فالقول له ، والزوجة صغيرة من الولي غير الأب والجد إذا قالت بعد البلوغ كنت رددت حين بلغني الخبر بعد البلوغ أو حين بلغت وكذبها الزوج فإن القول له . وعندنا القول لمن يشهد له الظاهر ، سواء كان ذلك الظاهر هو الأصل بحسب ما يتبادر أو بحسب المعنى ، ولا يخفى ترجيح هذا الاعتبار ، وإذا كان كذلك فقد ادعى بدعواه سكوتها تملك بضعتها من غير ظاهر معه وهي تنكر ، والظاهر الاستمرار على الحالة المتينة من عدم ورود ملك عليها الذي هو الأصل فكانت هي متمسكة بأصل معنى هو الظاهر فكان القول لها كالمدعى يدعى ردّ الوديعة والمدعى ينكر فإن القول لمدعى الرد وإن كان مدعى صورة لتمسكه بالأصل الظاهر وهو فراغ ذمته لكونه ظاهراً لالكونه أصلاً ، بخلاف مسألة الخيار لأن العقد ثبت صحيحاً في الأصل وقد لزم بمضى المدة ظاهراً فالتمسك بعدمه تملك بالظاهر ، وكذا الزوجة صغيرة تدعى زوال ملكه بعد ما نفذ عليها حال صغرها يقينا والزوج ينكر ومثله الشفيع . ثم إن أقام الزوج البينة على سكوتها عمل بها لأنها لم تقم على النفي بل على حالة وجودية في مجلس خاص يحاط بطرفيه ، أو هو نفي يحيط به الشاهد فيقبل ؛ كما لو ادعت أن زوجها تكلم بما هو ردّة في مجلس فأقامها على عدم التكلم فيه يقبل ، وكذا إذا قال الشهود كنا عندها ولم نسمعها تتكلم ثبت سكوتها بذلك ، كذا في الجوامع . وإن أقامها في بيتها أولى لإثبات الزيادة : أعني الردّ فإنه زائد على السكوت ، ولو كان أقامها على أنها رضيت أو أجازت حين علمت ترجحت بينته لاستوائهما في الإثبات وزيادة بينته بإثبات الزوم . كذا في الشروح . وعزاه في النهاية للتمرتاشي ، وكذا هو في غير نسخة من الفقه ، لكن في الخلاصة نقلاً عن أدب القاضي للخصاف في هذه المسألة : لو أقام الأب أو الزوج البينة على الإجازة والمرأة على الردّ في بيتها أولى ، فتحصل في هذه الصورة اختلاف المشايخ ، ولعل وجهه أن السكوت لما كان مما تتحقق الإجازة به لم يلزم من الشهادة بالإجازة كونها بأمر زائد على السكوت مالم يصرحوا بذلك فلم يجزم باستواء البيتين في الإثبات . وهذا كله إذا كان قبل الدخول ، فلو قالت لم أجزه بعد الدخول لم تصدق على ذلك إلا إن كانت مكروهة فحينئذ القول لها لظهور دليل السخط دون الرضا ، ولا يقبل عليها قول وليها بالرضا لأنه يقرّ عليها بثبوت الملك ، وإقراره عليها بالنكاح بعد بلوغها غير صحيح بالاتفاق لأنه لا يملك إلزام العقد عليها فلا يعتبر إقراره في لزومه أيضاً كذا في المبسوط . ولولم يكن للزوج بينة تذهب من

أجيب بأنها مقبولة إذا كان علم الشاهد محيطاً به كما إذا ادعت المرأة على زوجها أنه قال المسيح ابن الله ولم يقل قول النصراني وقال الرجل بل قلته فأقامت بينة أنه لم يقله يقبل ويفرق بينهما ، لأن هذا مما يحيط به علم الشاهد لما أنه لو قاله لسمعه الشهود وإن أقامها البينة . قال الإمام التمرتاشي : بينتها أولى لأنها تثبت الرد وهو يثبت عدماً وهو السكوت ، حتى لو أقامها على أنها أجازت أو رضيت حين علمت حتى استوتوا في الإثبات ترجحت بينته لإثباته الزوم (وإن لم تكن له بينة فلا يمين عليها عند أبي حنيفة رحمه الله ، وهي مسألة الاستحلاف في الأشياء الستة ، وستأتيك

(قوله أجيب بأنها مقبولة إذا كان علم الشاهد محيطاً به الخ) أقول : يخالف لما سيقوله المصنف في باب اليمين في الحج والصلاة من أن الشهادة على النفي غير مقبولة مطلقاً أحاط به علم الشاهد أولاً . والأولى أن يجاب بمنع كون السكوت عدماً على ما يحى من الشارح نقلاً عن قاضيخان (قوله فإن أقامها البينة قال الإمام التمرتاشي الخ) أقول : وهكذا في شرح الجامع الصغير لقاضيخان .

في الدعوى إن شاء الله تعالى (ويجوز نكاح الصغير والصغيرة إذا زوجهما الولي بكرة كانت الصغيرة أو ثيبا والولي هو العصبه) ومالك رحمه الله يخالفنا في غير الأب، والشافعي رحمه الله في غير الأب والجد، وفي الثيب الصغيرة أيضا. وجه قول مالك أن الولاية على الحرة باعتبار الحاجة ولا حاجة هنا لانعدام الشهوة، إلا أن ولاية الأب ثبتت نصا بخلاف القياس والجد ليس في معناه فلا يلحق به.

عصمته من غير يمين تلزم به عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما عليها، فإن نكحت بقي النكاح عندهما وهي مسئلة الاستحلاف في الأشياء الستة، وزيد عليها دعوى الأمة أنها أسقطت مستبين الخلق فصارت أم ولد، وجمعتهما في هذين البيتين:

نكاح وفيشة إيلائه ورق ورجع ولاء نسب
ودعوى الإمام أمومية فليس بها من يمين وجب

وسأتي في الدعوى صورها، والفتوى على قولهما فيها. وقيل يتأمل القاضي في حال المدعى، فإن ظهر له منه التعنت قضى بقوله وإلا بقولهما. وفي الغاية معزيا إلى فتاوى الخاصي أنه لو ادعى رجل على آخر أنه زوجته بنته الصغيرة فأنكر يحلف عند أبي حنيفة، وفي الكبيرة لا اعتبار بالإقرار فيهما. واستشكل على قوله لأن امتناع اليمين عنده لا امتناع البذل لا امتناع الإقرار، ألا ترى أن امرأة لو أقرت لرجل بنكاح نفذ لإقرارها ومع هذا لا تحلف لو ادعى عليها فأنكرت فالأشبه أن يكون هذا قولهما (قوله ويجوز نكاح الصغير والصغيرة إذا زوجهما الولي) لقوله تعالى - واللأئي لم يحضن - فأثبت العدة للصغيرة وهو فرع تصور نكاحها شرعا فبطل به منع ابن شبرمة وأبي بكر بن الأصم منه، وترويج أبي بكر عائشة رضي الله عنهما وهي بنت ست نص قريب من المتواتر، وتروج قدامة بن مظعون بنت الزبير يوم ولدت مع علم الصحابة رضي الله عنهم نص في فهم الصحابة عدم الخصوصية في نكاح عائشة (قوله والولي هو العصبه)، ومالك يخالفنا في غير الأب والشافعي في غير الأب والجد وفي الثيب الصغيرة (فعنده لا يلي عليها أحد حتى تبلغ فتزوج بإذنها وقد ذكرناها. وجه قول مالك أن الولاية على

في الدعوى إن شاء الله تعالى) قال (ويجوز نكاح الصغير والصغيرة) يجوز نكاح الصغير والصغيرة (إذا زوجهما الولي بكرة كانت الصغيرة أو ثيبا والولي هو العصبه) على ترتيب العصبات في الإرث، وقال مالك: وليهما الأب ليس إلا، حتى لو زوجهما الجد عند عدم الأب لا يجوز. وقال الشافعي: وليهما الأب والجد لا غير إذا كانت الصغيرة بكرة، وإن كانت ثيبا فلا ولاية عليها، حتى لو زوجها الأخ أو العم، أو زوج الثيب الصغيرة الأب أو الجد كرها لا ينفذ النكاح (وجه قول مالك أن الولاية على الحرة) مع قيام المنافي (باعتبار الحاجة ولا حاجة) في الصغير والصغيرة فلا ولاية عليهما (غير أن ولاية الأب ثبتت نصا على خلاف القياس) فإن أبا بكر زوج عائشة من النبي صلى الله عليه وسلم وهي بنت ست سنين، وصحيح النبي صلى الله عليه وسلم ذلك فلا يقاس غيره عليه وهو الجد ولا يلحق به دلالة لأنه ليس في معناه لأن الولد جزء الأب فكانت الولاية للأب

(قال المصنف: والولي هو العصبه) أقول: هذا جواب القياس، أو المراد هو العصبه وما يلحق بهم فلا يخالف لما سيجيء (قوله أو زوج الثيب الصغيرة الأب أو الجد كرها) أقول: قوله كرها مستدرك، فإنه لو زوجها طوعا لا يجوز أيضا عنده، فإن إذنها قبل البلوغ غير معتبر (قوله لا ينفذ النكاح) أقول: الظاهر لا ينفذ (قوله ولا يقاس عليه غيره) أقول: لأنه على خلاف القياس.

قلنا : لا بل هو موافق للقياس لأن النكاح يتضمن المصالح ولا تتوفر إلا بين المتكافئين عادة ولا يتفق الكف في كل زمان ، فأثبتنا الولاية في حالة الصغر إحرازاً للكفاءة . وجه قول الشافعي أن النظر لا يتم بالتفويض إلى غير الأب والجد لقصور شفقتهم وبعد قرابته ولهذا لا يملك التصرف في المال مع أنه أدنى رتبة ، فلأن لا يملك التصرف في النفس وإنه أعلى وأولى . ولنا أن القرابة داعية إلى النظر كما في الأب والجد ، وما فيه من القصور أظهرناه

الحرية إنما تثبت لحاجتها ولا حاجة قبل البلوغ لعدم الشهوة ، إلا أن ولاية الأب ثبتت نصاً بخلاف القياس لأن أثر الحرية دفع سلطنة الغير وهو تزويج أبي بكر عائشة رضي الله عنهما وهي بنت ست ، والجد ليس في معنى الأب ليلحق به دلالة لقصور شفقتهم بالنسبة إليه ولذا يقدم وصي الأب عليه فيقتصر على مورد النص . قلنا : بل هو موافق للقياس لأن النكاح يراد لمقاصده ولا تتوفر إلا بين المتكافئين عادة ، ولا يتفق الكف في كل زمان . فإثبات ولاية الأب بالنص بعلّة إحراز الكفاءة إذا ظهر به الحاجة إليه ، إذ قد لا يظهر بمثله إذا فات بعد حصوله فيتعدى إلى الجد . وجه قول الشافعي أن التفويض إلى غيرهما محل بها لقصور شفقتهم لبعده قرابته ودلالة الإجماع على اعتبار ما فيه من القصور سالباً للولاية وهو الإجماع على عدم ولايته في المال إلا بوصية وهو أدنى من النفس فسلبها في النفس أولى . ولما روى عنه صلى الله عليه وسلم « لا يتم بعد الحلم » وفي الحديث « أن قدامة بن مظعون زوج بنت أخيه عثمان ابن مظعون من ابن عمر ، فردّها صلى الله عليه وسلم وقال : إنها يتيمة ، وإنها لا تنكح حتى تستأمر » وتأثير هذا الوصف أن مزوجها قاصر الشفقة حتى لم تثبت له ولاية في المال في النفس أولى أن لا تثبت . ولنا قوله تعالى - وإن خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء - الآية منع من نكاحهن عند خوف عدم العدل فيهن ، وهذا فرع جواز نكاحها عند عدم الخوف . ولا يقال ذلك بمفهوم الشرط لأن الأصل جواز نكاح غير المحرمات مطلقاً ، فمنع من هذه عند خوف عدم العدل فيهن ، فعند عدمه يثبت الجواز بالأصل الممهد لأمضاها إلى الشرط ، ويصرح بجواز نكاحها قول عائشة : إنها نزلت في يتيمة تكون في حجر وليها يرغب في مالها ولا يقسط في صداقها فنهوا عن نكاحهن حتى يبلغوا سنّهن في الصداق ، وقالت في قوله تعالى - في يتامى النساء الثلاث

عليه كالولاية على نفسه ، والجزئية قد ضعفت بالجد وشفقتهم قد نقصت فلا يكون في معناه (قلنا لا) نسلم أن الولاية على الحر على خلاف القياس (بل هو موافق له لأن النكاح يتضمن المصالح) من التناسل والسكن والازدواج وقضاء الشهوة (ولا تتوفر إلا بين متكافئين عادة ولا يتفق الكف في كل وقت فأثبتنا الولاية في حال الصغر إحرازاً للكفاءة) لكل من يتأق منه الإحراز أبا كان أو غيره . ووجه قول الشافعي أن الولاية للنظر والنظر لا يتم بالتفويض إلى غير الأب والجد لقصور شفقتهم وبعد قرابته (ولهذا) أي ولقصور شفقتهم (لا يملك التصرف في المال مع أنه أدنى رتبة) لكونه وقاية للنفس (فلأن لا يملك التصرف في النفس وإنه أعلى أولى . ولنا أن) الولاية للنظر وهو موجود في كل قريب ، لأن (القرابة داعية إليه كما في الأب والجد) فإن النظر فيهما لم يثبت إلا من القرابة ، غاية ما في الباب أنه متفاوت كما لا وقصوراً بقرب القرابة وبعدها ، لكن ما في البعده من القصور ممكن التدارك فأظهرناه في سلب ولاية الإلزام فجعلنا لهما خيار البلوغ ، فإذا بلغا ووجدوا الأمر على ما ينبغي مضياً على النكاح ، وإن وجدوا قد أوقعوا خلافاً بقصور الشفقة والنظر فسحوا النكاح ، بخلاف التصرف في المال لأن الخلل الواقع بسبب القصور غير ممكن التدارك لأنه يتكرر بتداول الأيدي بأن يبيع الولي ثم يبيع المشتري من آخر ثم وثم ، وقد

في سلب ولاية الإلزام ، بخلاف التصرف في المال فإنه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل فلا تفيد الولاية إلا ملزمة ومع القصور لا تثبت ولاية الإلزام . وجه قوله في المسألة الثانية أن الثيابة سبب لحدوث الرأي لوجود الممارسة فأدركنا الحكم عليها تيسيرا . ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة ووفور الشفقة ، ولا ممارسة تحدث الرأي بدون

لاتوثقن ما كتب هن - الآية ، نزلت في يتيمة تكون في حجر وليها ولا يرغب في نكاحها للامتنان ولا يزوجه من غيره كي لا يشاركه في مالها ، فأنزل الله تعالى هذه الآية ، فهذه الآية أمر بتزويجهن من غيرهم أو تزويجهن مع الإقساط . وزوج صلى الله عليه وسلم بنت عمه حمزة رضي الله عنه من عمر بن أبي سلمة وهي صغيرة ، ولما تزوجها بالعصوبة لا بولاية ثبتت بالنبوة لأنه صلى الله عليه وسلم لم يزوج بها قط ، ولو فعل لم يزوج أحد إلا عنه ، لكن كانوا يزوجهن من غير علمه وحضوره على ما في حديث جابر « أنه صلى الله عليه وسلم سأله عن تزوجه فذكر أنها ثيب ، فقال : هلا بكرا » الحديث . ورأى على عبد الرحمن عوف الصفرة فقال مهم ؟ قال تزوجت ، وسأله كم ساق لها ، والآثار في ذلك وجوازه شهيرة عن عمر وعلى وابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة . والمعنى أن الحاجة إلى الكف ثابتة لأن مقاصد النكاح إنما تتم معه ، ولما يظهر به في وقت دون وقت . والولاية لعل الحاجة فيجب إثباتها لإحراز هذه المصلحة مع أن أصل القرابة داعية إلى الشفقة ، غير أن في هذه القرابة قصورا أظهرناه في إثبات الخييار لها إذا بلغت ، وإذا قام دليل الجواز وجب كون المراد باليتيمة في الحديث اليتيمة البالغة مجازا باعتبار ما كان ؛ ألا ترى أنه صلى الله عليه وسلم غيا المنع بالاستثمار « ولما تستأمر البالغة » وحديث قدامة تأويله أنه خيرها صلى الله عليه وسلم فاختارت الفسخ ، ألا ترى إلى ما روى عن ابن عمر أنه قال : والله لقد انتزعت مني بعد أن ملكتها . وأما المال فإنه يعارض ذلك القدر من الشفقة كونه محبوب الطبع حبا يفضي إلى القطيعة عند المعارضة في قرابة العصابات بالحياة فيه لنفسه أو لغيره بالمحابة ويحني لتعذر إحضاره بالتداول الأيدي عليه أو لحمولته أو نسيانه أو التوى في العوض في المقايضة فلا تفيد الولاية غير الملزمة فائدة عدم لزوم وهو التدارك فانتفت والملزمة منتفية لقصور الشفقة فتعذر إثبات الولاية . وحاصله أن القرابة مع قصور الشفقة مقتضاها ولاية غير ملزمة وقد تعذر

يغيب بعضهم ، ولا يمكن توقف ذلك كله إلى وقت البلوغ (فلا تفيد الولاية إلا ملزمة) ولا إلزام مع القصور : بخلاف المتناكحين فإنهما ثابتان من غير تكرار غالبا ، فكان التدارك بالتوقف ممكنا . وقوله (وجه قوله) أي الشافعي (في المسألة الثانية أن الثيابة سبب لحدوث الرأي) وتقريره أن الرأي أمر باطن والثيابة سبب لحدوثه (لوجود الممارسة) فتقام مقامه ويدار الحكم عليه تيسيرا (ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة) يعني أن مقتضى للولاية النظرية هو الحاجة وقد تحققت للصغر والمانع وهو قصور الشفقة قد انتفى لأن الشفقة في الأب والجد متوافرة ، وإذا وجد مقتضى وانتفى المانع يجب تحقق الحكم ، ولا نسلم حصول الرأي للصغيرة بسبب الممارسة لأن الرأي والعلم بلغة الجماع إنما يحدث عن مباشرة بشهوة ولا شهوة لها ، وإذا لم تكن الثيابة سببا لحدوث الرأي لاتصلح مدارا . وأذا الصغر فإنه سبب للحاجة للعجز عن التصرف بنفسه فجاز أن يكون مدارا ، فكلما ثبت

(قوله بخلاف المتناكحين فإنهما ثابتان من غير تكرار غالبا الخ) أقول : أنت خير بأنه لو تكرر النكاح يمكن التدارك بالتوقيف أيضا بالنسبة إلى زوجها الذي بلغت تحت نكاحه ، بخلاف المال إذ لا يمكن فيه أصلا لتغيب من في يده المال (قال المصنف : ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة ووفور الشفقة) أقول : إنما يثبت هذا الدليل ولاية إنكاح الأب والجد وكان الأولى هو التعميم .

الشهوة فيدار الحكم على الصغر ، ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم قوله صلى الله عليه وسلم « النكاح إلى العصبات من غير فصل » والترتيب في العصبات في ولاية النكاح كالترتيب في الإرث والأبعد محبوب بالأقرب . قال (فإن زوجهما الأب والجد) يعنى الصغير والصغيرة (فلا خيار لهما بعد بلوغهما) لأنهما كاملا الرأى وافرا الشفقة فيلزم العقد بمباشرتها كما إذا باشرها برضاها بعد البلوغ (وإن زوجهما غير الأب والجد فلكل واحد منهما

مقتضاها في المال فانتفت فيه وأمكن في النفس فثبتت فيها ، وهذا لما أثبتنا فيه من الخيار عند البلوغ والرد من القاضى عند الاطلاع على عدم النظر من تنقيص مهر أو عدم كفاءة وجهه قوله في الثيب الصغيرة أنها للحاجة ولا حاجة لحدوث الرأى في أمر النكاح لممارسته ، ويدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم « الثيب تشاور » أفاد منع النكاح قبل المشاورة ولا مشاورة حالة الصغر فلا نكاح حالة الصغر وهو المطلوب . ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة إلى إحراز الكفاءة ، والولاية عليها في النكاح مع عدم الشهوة ليس إلا لتحصيله ، ولا رأى حالة الصغر باعتباره حيث منع المشاورة قبل البلوغ لعدم أهلية المشاورة حتى أخر جواز نكاحها إلى البلوغ ، فكان حاصل هذا الكلام تناقضا ، فإن سلب الولاية بعلّة حدوث الرأى تصريح بحدوث الرأى ، وتأخير نكاحها لعدم أهلية المشاورة يناقضه ، فلزم كون المراد بالثيب في الحديث البالغة حيث علق بالثبوت مالا يعتبر إلا بعد البلوغ ، فإذا لم يحدث الرأى قبل البلوغ والحاجة متحققة قبله ثبتت الولاية لتحقيق الحاجة على ما ذكرنا فدار الولاية للصغر . قال المصنف (ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم) يعنى من جواز نكاح الصغير والصغيرة إذا زوجهما الولي العصبية مطلقا بعد ما كفيينا مثبته لإثباته بما تقدم (قوله صلى الله عليه وسلم « النكاح إلى العصبات من غير فصل ») بين الأب والجد وغيرهما من العصبات في صيرة الصغر أولا . روى عن على موقوفا ومرفوعا وذكره سبط ابن الجوزى بلفظ الإنكاح وتقدم تزويجه صلى الله عليه وسلم أمامة بنت عمه حمزة وهى صغيرة وقال لها الخيار إذا بلغت . هذا (والترتيب في ولاية النكاح كالترتيب في الإرث والأبعد محبوب بالأقرب) فتقدم عصبية النسب . وأولاهم الابن وابنه وإن سفل ، ولا يتأتى إلا في المعتوهة وهذا قولهما خلافاً لحمد فإنه يرى أن الأب مقدم على الابن وستأق المسئلة ، وهل يثبت الخيار للأُم المعتوهة إذا أفاقت وقد زوجهما الابن ؟ في الخلاصة : ولو زوجهما الابن فهو كالأب بل أولى ، ثم الأب ثم الجد أبوه ثم الأخ الشقيق ثم لأب . وذكر الكرخى أن الأخ والجد يشتركان في الولاية عندهما ، وعند أبى حنيفة يقدم الجد كما هو الخلاف في الميراث . والأصح أن الجد أولى بالتزويج اتفاقا ، ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب ثم العم الشقيق ثم لأب ثم ابن العم الشقيق ثم ابن العم لأب ثم أعمام الأب . كذلك الشقيق ثم أبناءه ثم لأب ثم أبناءه ثم عم الجد لأب ثم أبناءه وإن سفلوا ، كل هؤلاء يثبت لهم ولاية الإيجار على البنت والذكر في حال صغرهما وحال كبرهما إذا جنّا . مثلاً غلام بلغ عاقلاً ثم جنّ فزوجه أبوه وهو رجل جاز إذا كان جنونه مطبقاً ، ولم يقدر أبو حنيفة في الجنون المطبق قدرا على ماسند كره ، فإن

الصغر ثبتت الولاية (ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم) يعنى من إطلاق الولي في قوله ويجوز نكاح الصغير والصغيرة إذا زوجهما الولي (قوله صلى الله عليه وسلم « النكاح إلى العصبات من غير فصل ») وقوله (والترتيب في العصبات

(قال المصنف : ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم قوله صلى الله عليه وسلم « النكاح إلى العصبات ») أقول : فيه بحث ، لأن هذا الحديث يدل على أن لا ينعقد نكاح المرأة بدون الولي فيكون حجة للشافعى علينا . وجوابه أنه لما دلت الدلائل على جواز إنكاح المرأة نفسها ولو بلا ولي يحمل هذا على النكاح بطريق الإيجار دفعا للعارض .

الخيار إذا بلغ ، إن شاء أقام على النكاح ، وإن شاء فسخ) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف رحمه الله : لا خيار لهما إعتباراً بالأب والجد . ولهما أن قرابة الأخ ناقصة والنقصان يشعر بقصور الشفقة فيتطرق للخلل إلى المقاصد عسى والتدارك ممكن بخيار الإدراك ، وإطلاق الجواب في غير الأب والجد يتناول الأم والقاضي هو الصحيح من الرواية لقصور الرأي في أحدهما ونقصان الشفقة في الآخر فيتخير . قال (ويشترط فيه القضاء) بخلاف خيار المعتق لأن

أفاق فلا خيار له ، وإذا زوجه أخوه فأفاق فله الخيار . ثم المعتق وإن كان امرأة ثم بنوه وإن سفلوا ثم عصبته من النسب على ترتيب عصابات النسب ، وإذا عدم العصابات هل يثبت لنوى الأرحام ؟ يأتي (قوله وقال أبو يوسف) يعني آخره ، وقوله الأول كقولهما ، ثم رجع إلى أن لا خيار وهو قول عروة بن الزبير إعتباراً بالأب والجد ، وهذا لأن الولاية لم تشرع في غير موضع النظر ، وإذا حكم بالنظر قام عقد الولي مقام عقد نفسه بعد البلوغ ، وقولهما قول ابن عمر وأبي هريرة رضي الله عنهم لأن قرابة الأخ ناقصة فتشعر بقصور الشفقة فيتطرق للخلل في المقاصد ، وقد أظهر الشرع أثر هذا النقصان حيث منع ولأيته في المال فيجب إظهاره في النفس إذا علم أنه ناظر إلى إظهار أثره فيجب التدارك بإثبات خيار الإدراك ولما قدمنا من تزويجه صلى الله عليه وسلم بنت عمه حمزة وهي صغيرة وقال لها الخيار (قوله هو الصحيح) احتراز عن رواية خالد بن صبيح المروزي عن أبي حنيفة أنه لا يثبت الخيار إذا كان المزوج القاضي لليتيمة لأن ولأيته أتم من ولاية العم لأنها في النفس والمال جميعاً ، وعماً روى عن أبي حنيفة أنه لا خيار فيها إذا زوجت الأم لأن شفقتها فوق شفقة الأب . ووجه الظاهر ظاهر من الكتاب لفا ونشراً مرتباً (قوله ويشترط فيه) أي في الفسخ . ويشترط القضاء في الفرقة في مواضع : هذه والفرقة بعدم

ظاهر . وقوله (اعتباراً بالأب والجد) يجامع داعية القرابة (ولهما أن قرابة الأخ ناقصة) خصص الأخ ليعلم به حكم سائر الأولياء بالطريق الأولى لأنه أقرب الأولياء بعد الجد . وقوله (فيتطرق للخلل إلى المقاصد عسى) يعني أن وراء الكفآت والمهر مقاصد أخرى في النكاح من سوء الخلق وحسنه ولطافة العشرة وغلظها وكرم الصحبة ولوئمها وتوسيع النفقة وتقديرها ، وهذه المقاصد أهم من الكفاءة ، ولا يوقف عليها إلا بجد بليغ ونظر صائب ، فلنقصان قرابته وقصور شفقتة ربما لا يحسن النظر فيتوهم الخلل فيها فيتدارك بخيار الإدراك . وقوله (وإطلاق الجواب في غير الأب والجد يتناول الأم والقاضي) يعني في إثبات الخيار عند البلوغ ، وأراد بالإطلاق قوله فإن زوجهما غير الأب والجد فلكل واحد منهما الخيار . وقوله (هو الصحيح) احتراز عما روى خالد بن صبيح المروزي عن أبي حنيفة أنه لا يثبت الخيار لليتيمة إذا زوجهما القاضي لأن له الولاية في المال والنفس وكان في قوة ولاية الأب والجد . ووجه الصحيح ما ذكره في الكتاب (بقوله لقصور الرأي في أحدهما) يعني الأم (ونقصان الشفقة في الآخر) يعني القاضي ، ألا ترى أن ولاية القاضي متأخرة عن ولاية الأخ والعم ، فإذا ثبت لهما الخيار في تزويجهما ففي تزويج القاضي أولى . وقوله (ويشترط فيه) أي في فسخ النكاح بخيار البلوغ (القضاء لأن

(قال المصنف : ويشترط فيه القضاء) أقول : قال ابن الهمام : أي في الفسخ ، ويشترط القضاء في الفرقة في مواضع هذه ، والفرقة بعدم

(١) عسى : كلمة وقعت هنا مجردة عن الاسم والخبر ، والتقدير : عسى للخلل إلى المقاصد يتطرق ، وأهل العربية يأبون ذلك . كذا قال العيني في كتاب الإجازات اه من هامش بعض النسخ كتبه مصححه .

- ٢٧٩ -

الفسخ ههنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل ولهذا يشمل الذكر و الأنثى فجعل إلزاما في حق الآخر فيفتقر إلى القضاء . وخيار العتق لدفع ضرر رجلى وهو زيادة الملك عليها

الكفاءة ونقصان المهر وكلها فسخ ، والفرقة بالحب والعنة واللعان وكلها طلاق ، وإيلاء زوج النمية التي أسلمت وهي طلاق خلافا لأبي يوسف . وقد جمع بعض الفضلاء فرق الطلاق والفسخ وما يحتاج منها إلى القضاء في قوله :

في خيار البلوغ والإعتاق فرقة حكمها بغير طلاق
فقد كفه كذا ونقصان مهر ونكاح فساد باتفاق
ملك لإحدى الزوجين أو بعض زوج وارتداد كذا على الإطلاق
ثم جبّ وعنة ولعان وإيلاء الزوج فرقة بطلاق
وقضاء للقاض في الكل شرط غير ملك وردة وعتاق

وقوله باتفاق احتراز عن الحامل من زنا فإن نكاحها جائز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، فاسد عند أبي يوسف ، فالفرقة منه طلاق عندهما وفسخ عنده . وقوله على الإطلاق احتراز عن قول محمد رحمه الله فإنه يفرق بين الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق وبين المرأة فهي فسخ ، وكل فرقة بطلاق إذا أوقع عليها في العدة طلقة وقعت إلّا في اللعان لأنه يوجب حرمة مؤبدة ، كل فرقة توجب حرمة مؤبدة لا يقع الطلاق بعدها . ووجه الاحتياج إلى القضاء بقوله لأن الفسخ لدفع ضرر خفي . وظاهر العبارة تحقق الضرر وخفاؤه وليس بثابت . فالأولى أن يقال لدفع ضرر غير محقق بل نظر إلى سببه وهو قصور القرابة المشعر بقصور الشفقة ، وقد يظهر خلافا مما هو أثر النظر من

الفسخ ههنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل (بسبب قصور شفقة الزوج) ولهذا) أى لتمكن الخلل (يشمل)
الفسخ (الذكر والأنثى) لأن قصور الشفقة كما هو في حق الجارية ممكن كذلك في حق الغلام ، وإذا كان الضرر

الكفاءة ونقصان المهر وكلها فسخ ، والفرقة بالحب والعنة واللعان وكلها طلاق ، وإيلاء زوج النمية التي أسلمت وهي طلاق خلافا لأبي يوسف ، وقد جمع بعض الفضلاء فرق الطلاق والفسخ وما يحتاج منها إلى القضاء في قوله :

في خيار البلوغ والإعتاق فرقة حكمها بغير طلاق
فقد كفه كذا ونقصان مهر ونكاح فساد باتفاق
ملك لإحدى الزوجين أو بعض زوج وارتداد كذا على الإطلاق
ثم جبّ وعنة ولعان وإيلاء الزوج فرقة بطلاق
وقضاء للقاض في الكل شرط غير ملك وردة وعتاق

قوله باتفاق احتراز عن الحامل من زنا فإن نكاحها جائز عند أبي حنيفة ومحمد ، فاسد عند أبي يوسف ، فالفرقة منه طلاق عندهما وفسخ عنده لفساده . وقوله على الإطلاق احتراز عن قول محمد رحمه الله فإنه يفرق بين الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق وبين المرأة فهي فسخ ، وكل فرقة بطلاق إذا أوقع عليها في العدة طلقة وقعت إلّا في اللعان لأنه يوجب حرمة مؤبدة ، وكل حرمة توجب فرقة مؤبدة لا يقع الطلاق بعدها . وقوله فقد كفه كذا : يعنى في تزويج المرأة نفسها . قوله باتفاق احتراز عن الحامل من زنا فإن نكاحها جائز عند أبي حنيفة ومحمد ، فاسد عند أبي يوسف ، فالفرقة منه طلاق عندهما الخ . أقول : لك أن تقول إذا كان جائزا عندهما فالفرقة لماذا فتأمل . قوله وفسخ عنده ، يعنى أن هذا النكاح فاسد عنده فيكون فسخا عنده (قال المصنف : وهو تمكن الخلل) أقول : مخالف لما سيقول بعد أسطر .

ولهذا يختص بالأثني فاعتبر دفعا والدفع لا يفتقر إلى القضاء) ثم عندها إذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح

كون الزوج كفاً والمهر تاماً والخيار ثابت لها في هذه الحالة كغيرها ، فقد ينكر الزوج عدم النظر فيرى أن فسحها لا يصادف محلاً فاحتج إلى القضاء لإلزامه بناء على تعليق حكم الخيار بمظنة ترك النظر لبحقيقته ، ولا بدع في خلوة المظنة المعلن بها عن الحكمة في بعض الصور كما في سفر الملك المرفه في عمله ببلاد متقاربة كل يوم نصف فرسخ على المراكب الهينة تنزها يجوز له القصر ، ولأن في سببه ضعفاً وخلافاً بين العلماء ، بخلاف خيار العتق فإنه لدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها باستدامة النكاح ولهذا يختص بالأثني لاقتصار السبب وهو زيادة الملك عليها ، بخلاف العبد إذا أعتق فاعتبر خيارها دفعا لضرر زيادة مملوكيتها ولا خلاف فيه فلم يحتج إلى القضاء . واعترض بأن دفعها هذه الزيادة التابعة لأصل النكاح برفعه ، وفيه جعل التابع متبوعاً وهو نقض الأصول لأنه عكس المعقول . لا يقال : الشيء إذا كان تابعاً لشيء باعتبار الوجود يكون متبوعاً في النفي ، ولا يخفى أن كل لازم نفيه مستلزم لنفي الملزوم مع أن وجوده لازم وجوده ، فاستتباع الزيادة أصل النكاح في النفي لا يكون عكس المعقول بل وفقه . لأننا نقول : المراد أنه لا يجوز أن ينشأ التابع إذا كان مستلزماً لنفي المتبوع اللازم الثابت لتضمنه رفع

خفياً لا يطلع عليه ، لأن فرض المسئلة فيما إذا كان الزوج كفاً والمهر تاماً فربما ينكره الزوج فيحتاج إلى القضاء للإلزام . وأما خيار العتق فللدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها ، فإن الزوج قبل عتقها كان يملك عليها تطبيقين ويملك مراجعتها في قرعين ثم ازداد ذلك بالعتق وهو أمر جلي ليس للإنتكار فيه مجال حتى يحتاج إلى الإلزام ، لكن لما أن تدفع ذلك عن نفسها وذلك مع بقاء أصل النكاح غير ممكن لأنه بعد العتق يستلزمها ، ووجود الملزوم بدون وجود اللازم محال ، فكان لها أن تدفع أصل الملك في ضمن مالها من دفع الزيادة . واعترض بأن دفعها ما عليها من الزيادة يبطل ما كان ثابتاً من حق الزوج المستتبع الزيادة وفي ذلك جعل التابع متبوعاً وهو عكس المعقول ونقض الأصول . وأجيب بأن هذا ليس يجعل التابع متبوعاً ، وإنما هو من باب الالتزام للضرر المرضي ، فإن الزوج حين تزوج الأمة عالمًا لها بخيار العتق التزم الضرر الذي يحصل به والضرر المرضي غير ضائر ، بخلاف الأمة فإنها لم ترض بما يزيد عليها من الملك عند العتق لعدم اختيارها في النكاح فلم يكن ضررها بمرضي فكان ضائراً ، وإذا اجتمع الضرر الضائر وغير الضائر يدفع الضائر دون غيره . وقوله (ثم عندها) أي عند أبي حنيفة ومحمد ، خصهما بالذكر لأن مذهب أبي يوسف لا يرد ههنا لأنه لا يرى خيار البلوغ ، وإن كان المزوج غير الأب والجد . وحاصل ما ذكره ههنا أمور يقع بها الفرق بين خيار البلوغ والعتق وذلك خمسة :

١- لعوم الخلل ويجوز أن يقال : المراد تمكن الخلل المتوهم إلا أنه لا يلزم قوله لدفع ضرر خفي فليتأمل . (قوله لأن فرض المسئلة فيما إذا كان الزوج كفاً والمهر تاماً الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه إذا لم يكن الزوج كفاً ولم يكن المهر تاماً يحتاج الفرقة إلى القضاء أيضاً كما صرحوا به فينقض كلا الدليلين على ما ذكره . والجواب أن ذلك فيما إذا زوجت المرأة نفسها ، وأما إذا زوجها الأولياء فليس المقيد بتألف حتى يحتاج إلى الفسخ ، وسيجيء في فصل الكفاءة (قوله لأنه بعد العتق يستلزمها) أقول : أي يستلزم الزيادة (قوله عالمًا لها بخيار العتق الخ) أقول : خيار العتق ثابت بالنسب (قوله وقوله ثم عندها ، إلى قوله : خصهما بالذكر لأن مذهب أبي يوسف الخ) أقول : هذا مسلم إلا أن الظاهر كان أن يذكر قوله عندها عند قوله ويشترط فيه القضاء فيحتاج وجه تأخيرها إلى هنا إلى نوع تأمل ، ولعل وجهه أن أبا يوسف يقول باشرط وقوع الفسخ بالقضاء لأنه قضاء في المجتهد فيه فينفذ ولا يلزم منه أن يرى خيار البلوغ .

فسكتت فهو رضا ، وإن لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم فسكتت (شرط العلم بأصل النكاح لأنها لا تتمكن من التصرف إلا به ، والولي يتفرد به فعذرت بالجهل ، ولم يشترط العلم بالخيار لأنها تتفرغ لمعرفة أحكام الشرع والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل ، بخلاف المعتقة لأن الأمة لا تتفرغ لمعرفة فتعذر بالجهل بثبوت الخيار (ثم خيار البكر يبطل بالسكوت ، ولا يبطل خيار الغلام مالم يقل رضيت أو يجيء منه ما يعلم أنه رضا ، وكذلك الجارية إذا دخل بها الزوج قبل البلوغ)

الأقوى لغرض رفع الأدنى . والجواب أنه إذا كان مقتضى الدليل وجب ويكون حينئذ رفع المتبوع مقتضى الدليل بواسطة اقتضائه ملزومه وهو ثابت هنا وهو النص ، فالوجه في السؤال طلب حكيمته مع أنه يتضمن ضرر الزوج فلم رجح دفع ضررها على دفع ضرره ؟ والجواب أن دفع ضررها يبطل حقا مشتركا بينهما وهو باستيفاء حق مشترك له ولها يثبت لنفسه حقا عليها فدفعها أولى ولأنه رضى بهذا الضرر حيث تزوجها مع العلم بثبوت خيار العتق شرعا (قوله فتعذر) أى الأمة المعتقة (بالجهل بثبوت الخيار) لها إذ كانت مشغولة بالخدمة الواجبة الشاغلة لها عن التعلم ، بخلاف الحرة لا تعذر به لانقضاء هذا المعنى في حقها (قوله ثم خيار البكر يبطل بالسكوت) إنما ذكره بعد ما قدم من قوله فسكتت فهو رضا لبيان أن كون سكوتها رضا فيما تقدم هو إذا كانت بكرا فإن العبارة هناك أعم من ذلك ، وليمهد الفرق بينها وبين الغلام والتيب حيث قال (ولا يبطل خيار الغلام مالم يقل رضيت أو يجيء منه ما يعلم أنه رضا) كالوطء ودفع المهر والكسوة والنفقة ، ويحتمل كون دفع المهر رضا إذا لم يكن دخل بها ، أما إن كان دخل بها قبل بلوغه ينبغي أن لا يكون دفع المهر بعد باوغه رضا لأنه لا بد منه ، أقام أو فسخ (وكذلك الجارية إذا دخل بها الزوج قبل البلوغ) يعنى لا يبطل خيارها بالسكوت بعد البلوغ مالم تقل رضيت ، أو يجيء منها ما يعلم أنه رضا كالتمكين من الوطء وطلب المهر والمواجب (اعتبارا لهذه الحالة) أى حالة ثبوت الاختيار (بحالة ابتداء النكاح) فكما لا يكون سكوتها رضا لو زوجت ثيبا بالغة لا يكون سكوتها رضا حالة ثبوت الخيار وهى ثيب بالغة ، ولو زوجت بكرا بالغة اكتفى بسكوتها فكذلك إذا ثبت لها الخيار العلم بالنكاح وهى بكرا بالغة ، ولما كان المفهوم من قوله خيار البكر يبطل بالسكوت إنما يقتضى أن خيار التيب لا يبطل به ولا تعرض فيه لما يبطل به خيار التيب صرح بمفهومه ليفيد ذلك وهو قوله وكذلك الجارية الخ

الأول أن خيار البلوغ في الفرقة يحتاج إلى القضاء دون خيار العتق . والثاني أن خيار البلوغ يثبت للغلام والجارية وخيار العتق يثبت للجارية فقط وقد ذكرناهما . والثالث أن الصغيرة إذا بلغت وقد علمت بالنكاح فسكتت بطل خيارها سواء كانت عالة بأن لها الخيار أو لم تكن ، أما إذا كانت عالة فظاهر ، وأما إذا لم تكن فلائها لم تعذر بالجهل بالخيار (لأنها تتفرغ لمعرفة أحكام الشرع والدار دار العلم) بخلاف ما إذا لم تكن عالة بالنكاح فسكتت فلئها على خيارها لأنها لا تتمكن من التصرف إلا به ، والولي يتفرد بالنكاح فكانت معذورة في الجهل ، وأما المعتقة فلئها معذورة في الجهل سواء كانت جاهلة بالعتق أو بثبوت الخيار لها ، أما الأول فلأن المولى يتفرد به : وأما الثاني فلأن الأمة لا اشتغالها بالخدمة لا تتفرغ لمعرفة أحكام الشرع فكانت معذورة . وقوله (ثم خيار البكر) تفريع على خيار البلوغ الشامل للذكر والأنثى ، وتقريره أن من له خيار البلوغ إذا كان غلاما فبلغ لم يبطل خياره (مالم يقل رضيت أو يجيء منه) بالجزم (ما يعلم أنه رضا) وإن كانت جارية وقد دخل بها الزوج قبل البلوغ فلكذلك وإن كانت بكرا يبطل خيارها بالسكوت (اعتبارا لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح)

(قال المصنف : وإن لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم فسكتت) أقول : فيه بحث .

اعتباراً لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح ، وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد إلى آخر المجلس ولا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام لأنه ماثبت بإثبات الزوج

(قوله وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد إلى آخر المجلس) بل يبطل بمجرد سكوتها والمراد بالمجلس مجلس بلوغها بأن حاضرت في مجلس وقد كان بلغها النكاح أو مجلس بلوغ خبر النكاح إذا كانت بكراً بالغة ، وجعل الخصاص خيار البكر ممتداً إلى آخر المجلس وهو قول بعض العلماء مألوف إليه ، وهو خلاف رواية المبسوط فإن فيه ثبوت الخيار لها في الساعة التي تكون فيها بالغة إذا كانت عاتمة بالنكاح ، وعلى هذا قالوا ينبغي أن تطلب مع رؤية الدم فإن رأتها ليلاً تطلب بلسانها فتقول فسخت نكاحي وتشهد إذا أصبحت وتقول رأيت الدم الآن . وقيل لمحمد كيف وهو كذب ، وإنما أدركت قبل هذا ؟ فقال لا تصدق في الإسناد فجاز لها أن تكذب كي لا يبطل حقها . ثم إذا اختارت وأشهدت ولم تتقدم إلى القاضي الشهر والشهرين فهي على خيارها كخيار العيب . وما ذكر في بعض المواضع من أنها لو بعثت خادماً حين حاضرت للشهود فلم تقدر عليهم وهي في مكان منقطع لزمها ولم تغدر ينبغي أن يحمل على ما إذا لم تفسخ بلسانها حتى فعلت . وما قيل لو سألت عن اسم الزوج أو عن المهر أو سلمت على الشهود بطل خيارها تعسف لا دليل عليه . وغاية الأمر كون هذه الحالة كحالة ابتداء النكاح ، ولو سألت البكر عن اسم الزوج لا ينفذ عليها ، وكذا عن المهر وإن كان عدم ذكره لا يبطل كون سكوتها رضا على الخلاف ، فإن ذلك إذا لم تسأل عنه لظهور أنها راضية بكل مهر ، والسؤال يفيد نفي ظهوره في ذلك وإنها يتوقف رضاها على معرفة كميته ، وكذا السلام على القادم لا يدل على الرضا ، كيف وإنما أرسلت لغرض الإشهاد على الفسخ . ولو اجتمع خيار البلوغ والشفعة تقول أطلب الحقين ثم تبدأ في التفسير بخيار البلوغ ، ولو زوج أمته الصغيرة ثم أعتقها ثم بلغت لا يثبت لها خيار البلوغ لكمال ولاية المولى كالأب ولأن خيار العتق يغني عنه ، والعبد الصغير إذا بلغ كذلك في الأصح إلا أنه لا يتصور في حقه خيار العتق فيطلق إن شاء (قوله ولا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام) ووجه ظاهر من الكتاب . والحاصل أنها إذا بلغت ثيباً فرقت خيارها العمر لأن

فإن الصغيرة البكر إذا أدركت واستؤمرت للنكاح فسكتت عند ابتداء العقد كان سكوتها رضا فكذلك إذا كان لها الخيار فأدركت وسكتت كان سكوتها رضا فيبطل اختيارها والغلام والحارية الثيب إذا استؤمرا عند ابتداء عقد النكاح لم يكن سكوتها رضا بل لا بد من الرضا صريحاً أو دلالة ، فكذلك عند خيار البلوغ لم يكن السكوت منهما رضا بل لا بد من ذلك . وقوله (وخيار البلوغ) تفريع آخر على خيار البلوغ ، ويتضمن الوجه الرابع والخامس من الفرق بين خيار البلوغ وخيار العتق . وتقديره خيار البلوغ (في حق البكر لا يمتد إلى آخر المجلس) يغني مجلس بلوغها بأن رأت الدم وقد كان بلغها خبر النكاح فسكتت أو مجلس بلوغ الخبر بالنكاح فسكتت ، بل يبطل بمجرد السكوت في الوجهين جميعاً ، وأما خيار الثيب والغلام فلا يبطل بالقيام عن المجلس بل يمتد إلى ما وراء المجلس . وقوله (لأنه ماثبت) دليل عدم البطالان في حق الثيب خاصة . وتقديره خيار بلوغها لم يثبت بإثبات الزوج وهو

(قوله فإن الصغيرة البكر إذا أدركت واستؤمرت للنكاح فسكتت الخ) أقول : الأظهر أن يقول البكر البالغة إذا بلغها خبر نكاحها فسكتت كان رضا (قوله وقوله لأنه ما ثبت دليل عدم البطالان في حق الثيب خاصة) أقول : أنت خير بأنه ينهض دليلاً على عدم امتداد خيار البكر إلى آخر المجلس ، بل على عدم البطالان في حق الغلام أيضاً لأن صلته بكونه بانتقاء الزوج كما يظهر بأدنى توجه ، فالتخصيص بالثيب ما

بل لتوهم الخلل وإنما يبطل بالرضا غير أن سكوت البكر رضا ، بخلاف خيار العتق لأنه ثبت بإثبات المولى وهو

سببه عدم الرضا فيبقى إلى أن يوجد ما يدل على الرضا بالنكاح ، وكذا الغلام ، وعلى هذا تضافرت كلماتهم . وما في غاية البيان مما نقل عن الطحاوى حيث قال خيار المدركة يبطل بالسكوت إذا كانت بكرا وإن كانت ثيبا لم يبطل به ، وكذا إذا كان الخيار للزوج لا يبطل إلا بصريح الإبطال أو يحجى عنه دليل على إبطال الخيار كما إذا اشتغلت بشيء آخر أو أعرضت عن الاختيار بوجه من الوجوه مشكل ، إذ يقتضى أن الاشتغال بعمل آخر يبطله وهو تقييد بالمجلس ضرورة أن تبدله حقيقة أو حكما يستلزمه ظاهرا . وفي الجوامع : وإن كانت ثيبا حين بلغها أو كان غلاما لم يبطل بالسكوت وإن أقامت معه أياما ، إلا أن ترضى بلسانها أو يوجد ما يدل على الرضا من الوطء أو التمكين منه طوعا أو المطالبة بالمهر أو النفقة وفيها لو قالت كنت مكروهة في التمكين صدقت ولا يبطل خيارها ، وفي الخلاصة : لو أكلت من طعامه أو خدمته فهي على خيارها . لا يقال : كون القول لها في دعوى الإكراه في التمكين مشكل لأن الظاهر يصدقها (قوله بخلاف خيار العتق) متصل بقوله لا يمتد إلى آخر المجلس : أى فيمتد خيار العتق إلى آخر المجلس . ووجه الفرق أن خيار العتق ثبت بإثبات المولى لأنه حكم العتق الثابت بإثباته فاقضى جوابا في المجلس كالتعليك في الخيرة . وحاصل وجوه الفرق بين خيارى البلوغ والعتق خمسة أوجه : احتياجه إلى القضاء ولو فسخ أحدهما ولم يفسخ القاضى حتى مات ورثه الآخر . وكذا الوطء بعد الفسخ قبل القضاء به ، بخلاف خيار العتق يفسخ النكاح بمجرد فسخها ، ولا يبطل خيار العتق بالسكوت إلى آخره ، ويبطل خيار البلوغ إذا كان من جهة المرأة وهى بكر ، بخلاف الغلام والثيب لأن السكوت لم يجعل في حقهما رضا . ويثبت خيار البلوغ لكل من الذكر والأنثى ، بخلاف خيار العتق لو زوج عبده ثم أعتقه لا خيار له لأن خيار العتق لدفع ضرر زادة الملك وهو منتف في الذكر ، وخيار البلوغ لما ينشأ عن قصور الشفقة وهو يعمهما لا يقال : الغلام يتمكن بعد البلوغ من التخلص بالطريق المشروع للذكران وهو الطلاق فلا حاجة إلى إثبات الخيار ، وما ثبت الخيار إلا للحاجة . لأننا نقول : لا يتخلص عن نصف المهر بالطلاق وإن كان قبل الدخول بل يلزمه : وهنا إذا قضى القاضى بالفرقة قبل الدخول لا يلزمه شيء ، وأما بعده فيلزمه كله ، لكن لو تزوجها بعد ذلك ملك عليها الثلاث . وفي الجوامع : إذا بلغ الغلام فقال فسخت بنوى الطلاق فهي طالق بائن ، وإن نوى الثلاث فثلاث وهذا أحسن لأن لفظ الفسخ يصلح كناية عن الطلاق . والرابع أن الجهل بثبوت الخيار شرعا معتبر في خيار العتق دون البلوغ . والخامس أن خيار العتق يبطل بالقيام عن المجلس ، ولا يبطل خيار البلوغ في الثيب والغلام وتقبل شهادة المولى على اختيار أمهما التي زوجها نفسها إذا أعتقها ، ولا تقبل شهادة العاصيين المزوجين بعد البلوغ أنها اختارت نفسها لأن سبب الرد قد انقطع في الأولى بالعتق ولم ينقطع في الثانية إذ هو النسب وهو باق

ظاهر ، وما لا يثبت بإثبات الزوج لا يقتصر على المجلس فإن التفويض هو المقنن على المجلس كما سيحجى . وقوله (بل لتوهم الخلل) دليل يشمل البكر والغلام . وتقديره : خيار البلوغ ثبت بعدم الرضا لتوهم الخلل ، وما يثبت بعدم الرضا يبطل بالرضا لوجود منافيه ، فإن الشيء لا يثبت مع منافيه ، غير أن سكوت البكر رضا دون سكوت الغلام فيبطل خيارها بمجرد السكوت ويمتد خياره إلى ما وراء المجلس فانظر إلى هذا الإدراج في ضمن الإنجاز الذى هو قريب إلى حد الإعجاز ، جزاه الله عن المحصلين خيرا . وقوله (بخلاف خيار العتق) للفرق بينه

لاوجه له (قوله وما لم يثبت بإثبات الزوج الخ) أقول : منقوض بخيار العتق على ما سيحجى بعد أسطر ، وكان الأصوب أن يقول : ما ثبت بإثبات الغير (قوله دليل يشمل البكر والغلام) أقول : كما يشمل الثيب (قوله دون سكوت الغلام) أقول : ودون سكوت الثيب أيضا

الإعتاق فيعتبر فيه المجلس كما في خيار الخيرة ، ثم الفرقة بخيار البلوغ ليست بطلاق لأنه يصح من الأنثى ولا طلاق إليها ، وكذا بخيار العتق لما بينا ، بخلاف الخيرة لأن الزوج هو الذي ملكها وهو مالك للطلاق (فإن مات أحدهما قبل البلوغ ورثه الآخر) وكذا إذا مات بعد البلوغ قبل التفريق لأن أصل العقد صحيح والمالك ثابت به وقد انتهى بالموت ، بخلاف مباشرة الفصولي إذا مات أحد الزوجين قبل الإجازة لأن النكاح ثمة موقوف فيبطل بالموت وههنا نافذ فيتقرر به . قال (ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون) لأنه لا ولاية لهم على أنفسهم

(قوله ثم الفرقة بخيار البلوغ ليست بطلاق) بل فسخ لا ينقص عدد الطلاق فلو جردا بعده ملك الثلاث (وكذا بخيار العتق لما بينا) من أنه يصح من الأنثى ولا طلاق إليها ، ومن أنه يثبت بإثبات المولى ولا طلاق إليه ، وكذا الفرقة بعدم الكفاءة ونقصان المهر فسخ (بخلاف خيار الخيرة) لما ذكره فيقع الطلاق باختيارها نفسها لأنه إنما ملكها ما يملكه وهو الطلاق ولو وقعت هذه الفرقة قبل الدخول لا يجب نصف المسمى ، بخلاف الطلاق قبل الدخول . وهل يقع الطلاق في العدة إذا كانت هذه الفرقة بعد الدخول : أى الصريح أولا ؟ لكل وجه ، والأوجه الوقوع (قوله ولا ولاية لعبد) لأن الولاية بإتخاذ القول على الغير إذا كانت متعديّة ، والقاصرة متعديّة في هؤلاء فالتعديّة أولى . فإن قيل : صحة إقرار العبد تدل على ولايته القاصرة . فالجواب أنها في المعنى معلقة في غير الحدود والقصاص . وأما هما فمستثنيان عندنا . والإجماع على نفي ولايته في النكاح لعجزه ، وإلا فيمكن أن يقال روايته الحديث ولاية حيث كان إلزاما ، وكذا أمانته إذا كان مأذونا له في القتال وشهادته بهلال رمضان . وإن أجيب عن هذه للمشاححة ممكنة في الأجوبة . والأسلم جعل المراد بقوله ولا ولاية لعبد : أى في النكاح لانفي الولاية مطلقا لأنه يستدل بعدم القاصرة على عدم المتعديّة ، فلو أريد الأعم كان مستدلا ببعض الدعوى ولا المتعديّة مطلقا ، إذ قد يشاح بأن له شيئا من المتعديّة لولايته على زوجته الحرة في أمور الزوجية كالمنع من الخروج

وبين خيار البلوغ وهو الوجه الرابع وتقريره : خيار العتق ثبت بإثبات غيره وهو المولى لأنه لو لم يعتق لما ثبت لها الخيار ، وكل خيار ثبت بإثبات غيره اقتصر على المجلس (كما في خيار الخيرة) فيكون القيام دليل الإعراض . وبيان تضمن هذا الوجه الوجه الخامس أنه أشار لذلك بقوله غير أن سكوت البكر رضا . يعنى والرضا يسقط خيار البلوغ ، وخيار الإعتاق إنما يعتبر فيه المجلس ويبطل بالإعراض والسكوت ليس بإعراض وهو خفي جدا . وقوله (ثم الفرقة بخيار البلوغ ليست بطلاق) يعنى سواء كان قبل الدخول أو بعده (لأنه يصح من الأنثى ولا طلاق إليها) والفائدة تظهر في شيئين : أحدهما أنها لو وقعت قبل الدخول لم يجب نصف المسمى ولو كان طلاقا لوجب ، والثاني أنهما لو تناكحا بعد الفرقة ملك الزوج ثلاث تطليقات (وكذا بخيار العتق لما بينا) أنه يصح من الأنثى . وقوله (بخلاف خيار الخيرة) ظاهر إلى آخر المسئلة . قال (ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون) الولاية المتعديّة فرع الولاية القاصرة ، فمن لا ولاية له على نفسه فأولى أن لا يكون له ولاية على غيره ، ولأن هذه الولاية نظرية ولا نظر في التفويض إلى هؤلاء ، أما إلى الصبي والمجنون فلعجز عن تحصيل الكفاءة ، وأما إلى العبد

(قال المصنف : لأنه يصح من الأنثى) أقول : إن أعيد الضمير إلى الفرقة فهذا الكلام في الفرقة بخيار العتق مسلم دون مانع فيه لأنه يفرق القاضى كما في الجب والعنة ، وإن أرجع إلى الخيار في التفريق كلام مع أنه مستقص بالجب والعنة والجواب أن الفسخ في خيار البلوغ يقع من المرأة ، ألا يرى أنه يجب أن تقول المرأة حين بلغت فسخت النكاح ويحكم القاضى بصحته بخلافه في الجب والعنة .

فأولى أن لا تثبت على غيرهم ولأن هذه ولاية نظرية ولا نظر في التفويض إلى هؤلاء (ولا) ولاية (لكافر على مسلم) لقوله تعالى - ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا - ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان ، أما الكافر فتثبت له ولاية الإنكاح على ولده الكافر لقوله تعالى - والذين كفروا بعضهم أولياء بعض - ولهذا تقبل شهادته عليه ويجزى بينهما التوارث (ولغير العصبات من الأقارب ولاية الزوج عند أبي حنيفة) معناه عند عدم العصبات ، وهذا استحسان ، وقال محمد : لا تثبت وهو القياس ، وهو رواية عن أبي حنيفة ،

والمتمكين وطلب الزينة مع ما ذكرنا فإنه يصدق في الكل أنه عبد له ولاية على الغير ملزمة . والمراد بالجنون المطبق وهو على ما قيل ستة ، وقيل أكثر السنة ، وقيل شهر وعليه الفتوى . وفي التجنيس وأبو حنيفة رحمه الله لا يوقت في الجنون المطبق شيئا كما هو دأبه في التقديرات فيفوض إلى رأى القاضي ، وغير المطبق تثبت له الولاية في حالة إفاقته بالإجماع . وقد يقال : لاحاجة إلى تقييده به لأنه لا يزوج حال جنونه مطبقا أو غير مطبق ويزوج حال إفاقته عن جنون مطبق أو غير مطبق : لكن المعنى أنه إذا كان مطبقا تسلب ولايته فتزوج ولا تنتظر إفاقته وغير المطبق الولاية ثابتة له فلا تزوج وتنتظر إفاقته كالتأم . ومقتضى النظر أن الكفاءة الخطأ إذا فات بانتظار إفاقته تزوج وإن لم يكن مطبقا وإلا انتظر على ما اختاره المتأخرون في غيبة الولي الأقرب على ما سنذكره (قوله . ولهذا) أى لهذا الدليل (لا تقبل شهادته عليه) لأنه لا سبيل له عليه (ولا يتوارثان) لأن الوارث يخلف المورث فيما يليه ملكا ويذا وتصرفا . والظاهر أن الورثة ليست ولاية على الميت بل ولاية قاصرة تحدث شرعا بعد انقضاء ولاية أخرى فنفي التعددية ليس نفي الورثة فليس فيها بهذا الدليل . وكما لا تثبت الولاية لكافر على مسلم فكذا لا تثبت لمسلم على كافر : أعني ولاية الزوج بالقرابة وولاية التصرف في المال . قيل وينبغي أن يقال إلا أن يكون المسلم سيد أمة كافرة أو سلطانا ، وقائله صاحب الدراية ونسبه إلى الشافعي ومالك قال : ولم ينقل هذا الاستثناء عن أصحابنا والذي ينبغي أن يكون مرادا . ورأيت في موضع معزواً إلى المبسوط أن الولاية بالسبب العام تثبت للمسلم على الكافر كولاية السلطنة والشهادة ولا تثبت للكافر على المسلم فقد ذكر معنى ذلك الاستثناء . فأما الفسق فهو يسلب الأهلية كالكفر . المشهور أن عندنا لا وهو المذكور في المنظومة . وعن الشافعي اختلاف فيه . أما المستور فله الولاية بلا خلاف فما في الجوامع أن الأب إذا كان فاسقا فللقاضي أن يزوجه الصغيرة من غير كفؤ غير معروف . نعم إذا كان متهتكا لا ينفذ تزويجه إياها بنقص ومن غير كفاءة (قوله ولغير العصبات من الأقارب ولاية الزوج عند أبي حنيفة معناه عند عدم العصبات) النسبية والسببية . والحاصل أن الولاية تثبت أولا لعصبة النسب على الترتيب الذي قدمناه ثم لمولى العتاقة ثم لعصبة على ذلك الترتيب بالاتفاق ثم بعد ذلك عند أبي حنيفة تثبت للأم ثم للبنت إذا كانت أمها مجنونة ثم بنت الابن ثم بنت البنت ثم بنت الابن ثم بنت بنت

فكذلك لا اشتغال بخدمة المولى (ولا ولاية لكافر على مسلم) يعنى الولاية الشرعية ولا معتبر بالحسية منها . وقوله (ولغير العصبات من الأقارب) يعنى كالأخوال والحالات والعمات (ولاية الزوج عند عدم العصبات) أى عصبة كانت سواء كانت عصبة يحل النكاح بينه وبين المرأة كابن العم أو لم يحل كالعم ومولى العتاقة وعصبة من العصبات ، ثم عند أبي حنيفة بعد العصبات الأم ثم ذوو الأرحام الأقرب فالأقرب البنت ثم بنت الابن ثم

(قوله ثم ذوو الأرحام الخ) أقول : ذوو الأرحام هنا ليس على مصطلح الفرائض بل على معناه الفتوى ، فإن البنت وبنت الابن من أصحاب الفروع وكذا الأخوات

وقول أبي يوسف في ذلك مضطرب والأشهر أنه مع محمد . لهما ماروينا ، ولأن الولاية إنما ثبتت صونا للقرابة عن نسبة غير الكفء إليها وإلى العصبات الصيانة . ولأبي حنيفة أن الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض إلى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة (ومن لا ولي لها) يعني العصبية من جهة القرابة (إذا زوجها مولها الذي أعتقها

البت ثم الأخت لأب وأم ثم الأخت لأب ثم لولد الأم يستوى ذكورهم وإناثهم في ذلك ثم أولادهم . قال المصنف في التجنيس معلما بعلامة فتاوى الشيخ نجم الدين عمر النسفي : غاب الأب غيبة منقطعة وله بنت صغيرة فزوجها أختها والأم حاضرة يجوز إن لم يكن لها عصبية أولى من الأخت . وليست الأم أولى من الأخت من الأب لأنها من قبل الأب ، والنساء اللواتي من قبل الأب هن ولاية التزويج عند عدم العصبات بإجماع بين أصحابنا ، وهي الأخت والعمة وبنت الأخ وبنت العم ونحو ذلك ، ثم قال المصنف : هكذا ذكر هنا : وذكر في غيره من المواضع أن الأم أولى من الأخت الشقيقة لأنها أقرب اهـ . قيل هذا يستقيم في الأخت لا العمة وبنت العم وبنت الأخ لأنهن من ذوى الأرحام ولايتهن مختلف فيها ، ومثل ما عن الشيخ نجم الدين النسفي منقول في المصنف عن شيخ الإسلام خواهرزاده ، ومقتضاه تقدم الأخت على الجدة الفاسد وبعد أولاد الأخوات العمات ثم الأخوال ثم الخالات ثم بنات الأعمام ثم بنات العمات ، والجدة الفاسدة أولى من الأخت عند أبي حنيفة . وعند أبي يوسف الولاية لهما كما في الميراث ، كذا في المستصفي . وقياس ما صحح في الجدة والأخ من تقدم الجدة تقدم الجدة الفاسدة على الأخت ثم مولى المولاة وهو الذي أسلم على يد أبي الصغيرة ووالاه لأنه يرث فتثبت له ولاية التزويج ، ثم السلطان ثم القاضي إذا شرط في عهده تزويج الصغائر والصغار ، ثم من نصبه القاضي وإن لم يشترط فلا ولاية له في ذلك وهذا استحسان . وقال محمد : لا ولاية لذوى الأرحام ولا لمولى المولاة ، وهو القياس ورواية الحسن عن أبي حنيفة (وقول أبي يوسف مضطرب فيه والأشهر أنه مع محمد) على ما في الهداية . وقال في الكافي : الجمهور أن أبا يوسف مع أبي حنيفة ، وفي شرح الكنز وأبو يوسف مع أبي حنيفة في أكثر الروايات (لهما ماروينا) يعني من قوله صلى الله عليه وسلم «الإنكاح إلى العصبات» أثبت لهم الجنس ، وليس من وراء الجنس شيء فيثبت لغيرهم فلا إنكاح لغيرهم (قوله ولأن الولاية إنما ثبتت صونا للقرابة عن نسبة غير الكفء إليها) أي إلى القرابة على تأويل الأقارب أو على المعنى المصدري (ولإلى العصبات الصيانة) عن ذلك لا إلى غيرهم من ذوى الأرحام لأنهم ينسبون إلى قبيلة أخرى فلا يلحقهم العار بذلك (ولأبي حنيفة أن الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض إلى من هو المختص بالقرابة) إذ مطلقها باعث على الشفقة الموجبة لاختيار الكفء وذوو الأرحام بهذه

بنت البنت ثم بنت ابن الابن ثم بنت بنت البنت ثم الأخت لأب وأم ثم الأخت لأب ثم الأخ والأخت لأم ثم أولادهم ثم العمات والأخوال والخالات وأولادهم على هذا الترتيب ، ثم مولى المولاة ثم السلطان ثم القاضي ومن نصبه القاضي إذا شرط تزويج الصغار والصغائر في عهده ومنشوره ، أما إذا لم يشترط فلا ولاية له . وقال محمد : لا ولاية لغير العصبات ، وقول أبي يوسف مضطرب ذكره مع أبي حنيفة في كتاب النكاح ومع محمد في كتاب الولاء . وقوله (لهما ماروينا) يريد به قوله عليه الصلاة والسلام «الإنكاح إلى العصبات» عرف الإنكاح باللام في غير معهود فكان معناه هذا الجنس مفوض إلى هذا الجنس فلا يكون لغيره فيه مدخل ، ولأن الولاية لصيانة القرابة عن غير الكفء والصيانة إلى العصبات (ولأبي حنيفة أن هذه الولاية نظرية ، والنظر يتحقق بالتفويض إلى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة) فإن قلت : هذا تعليل في مقابلة النص وهو لا يجوز

جاء) لأنه أخر العصبات ، وإذا عدم الأولياء فالولاية إلى الإمام والحاكم لقوله صلى الله عليه وسلم « السلطان وليّ من لا وليّ له »

المثابة فإننا نرى شفقة الإنسان على ابنة أخته كشفتته على ابنة أخيه ، بل قد ترجح على الثانية ، ولا شك أن شفقة ذوى الأرحام ليست كشفقة السلطان ولا من ولاه فكانوا أولى منهم . وأما قولهما إنما ثبتت الولاية صونا للقرابة عن نسبة غير الكفاء إليها فالحصص ممنوع ، بل ثبوتها بالذات تحصيلاً لمصلحة الصغيرة بتحصيل الكفاء لأنها بالذات لحاجتها لا لحاجتهم ، وكل من ذوى الأرحام فيه داعية تحصيل حاجتها فثبتت له الولاية بهذا الاعتبار ، وإن ثبتت لغيره من العصبات بكل من حاجتها بالذات إلى ذلك وحاجته وستراد وضوحاً في مسألة الغيبة . ويدل عليه إجماع ابن مسعود تزويج امرأته بنتها وكانت من غيره على الأصح ، وما إثبات جنس ولاية الإنكاح إلى العصبات في الحديث فإنما هو نكاح وجودهم ، ولا تعرض له حال عدمهم بنى الولاية عن غيرهم ولا إثباتها فأثبتناها بالمعنى وقصة ابن مسعود ، وأيضاً لاشك أنه خص منه السلطان لأنه ليس من العصبات لقوله « السلطان وليّ من لا وليّ له » أو بالإجماع فجاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى . وهذا الوجه على تقدير تسليم تعرض الحديث لغير العصبات بالنسبة وحجته ، وقوله في قول محمد قياس وفي قول أبي حنيفة استحسان مع استدلاله بالحديث لمحمد ، وبالمعنى الصرف لأبي حنيفة يناقش فيه بأن الاستحسان هو الذي يكون بالأثر لا القياس فإن شرطه أن لا يكون فيه نص . ويجاب بأنه على بابه ، والمراد أن ما ذكره محمد من الحكم في نفس الأمر قياس يقابله الاستحسان الذي قال به أبو حنيفة وأن محمداً ظنه خلافاً من الاستحسان فاستدل بالحديث ، وقد ظهر أن لا متمسك له به وكان الأولى أن يجيب به المصنف . وحاصل بحثه معارضة مجردة وهي لا تفيد ثبوت المطلوب قبل الترجيح . وقالوا : العصبات تتناول الأم لأنها عصبية في ولد الزنا وولد الملاءة فتثبت لأهلها ، إلا أن أقارب الأب مقدمون (قوله وإذا عدم الأولياء) أى كل من العصبات وذوى الأرحام ومولى الموالاة (فالولاية إلى الإمام والحاكم) أى القاضي بشرط أن يكتب ذلك في منشوره ، فلو زوج الصغيرة مع عدم كتب ذلك في منشوره ثم أذن له فيه فأجازه قيل لا يجوز وقيل يجوز على الأصح استحساناً .

[فروع] الأول ليس لولى الصغيرة ولاية تزويجها وإن أوصى إليه الأب بالنكاح إلا إذا كان الموصى عين

أجيب بوجهين : أحدهما أن معنى قوله الإنكاح إلى العصبات إذا وجدت العصبات والثاني أن الولاية تثبت لغيرهم بطريق الدلالة باعتبار الشفقة وكمال الرأي . والقول بتوريث ذوى الأرحام مع القول بعدم ولاية الإنكاح غير مستحسن لإطلاق قوله تعالى - وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض - ولكون التوريث مبنياً على الولاية . قوله (وإذا عدم الأولياء) يعنى على الوجه المذكور (فالولاية إلى الإمام والحاكم لقوله عليه الصلاة والسلام « السلطان وليّ من لا وليّ له ») أما الحاكم وهو القاضي فإنما يملك الإنكاح إذا كان ذلك في عهده ومنشوره ، كذا

(قوله والثاني أن الولاية تثبت لغيرهم بطريق الدلالة) أقول : القول بإثباتها بطريق الدلالة مشكل ، وليس رأى النسوان كرى الرجال في الكمال وقد سبق (قوله والقول بتوريث ذوى الأرحام) أقول : الأنسب لدليله أن يقول : والقول بأنهم ذوى أرحام وتوريثهم مع القول بعدم النكاح الخ كما لا يخفى .

(وإذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو أبعد منه أن يزوج) وقال زفر : لا يجوز لأن ولاية الأقرب

رجلا في حياته للتزويج فيزوجها الوصي به كما لو وكل في حياته بتزويجها ، وإن لم يعين انتظر بلوغها لتأذن كذا قيل ، وليس بلازم لأن السلطان يزوجه إلا إذا كان الوصي قريبا فيزوجها بحكم القرابة لا الوصاية وإلا فالحاكم ، وبه قال الشافعي وأحمد في رواية ، وفي أخرى له التزويج لقيامه مقام الأب . قلنا : إنما قام مقامه في المال . وقال مالك : إن أوصى إليه في التزويج جاز وهو رواية هشام عن أبي حنيفة . الثاني لو زوج القاضي الصغيرة التي هو وليها وهي اليتيمة من ابنة لا يجوز . كالوكيل مطلقا إذا زوج موكلته من ابنة ، بخلاف سائر الأولياء لأن تصرف القاضي حكم منه وحكمه لابنه لا يجوز بخلاف تصرف الولي ، ذكره في التجنيس معلما له بعلامة غريب الرواية للسيد الإمام أبي شعجاع ، والإلحاق بالوكيل يكفي للحكم مستغنى عن جعل فعله حكما مع انتفاء شرطه ، وكذا إذا باع مال يتيمه من نفسه لا يجوز لكل من الوجهين ، والأوجه ما ذكرنا ، بخلاف ماله نصب وصيا على اليتيم ثم اشترى منه يجوز لأنه نائب عن الميت لا القاضي . الثالث إقرار الولي على الصغير والصغيرة بالتزويج لم يصدق عند أبي حنيفة إلا بينة أو يدرك الصغير فيصدقه ، معناه إذا ادعى الزوج ذلك عند القاضي وصدقه الأب ، وعندهما ثبتت النكاح بإقراره . قال في المصنف عن أستاذه : يعني الشيخ حميد الدين : إن الخلاف فيما إذا أقر الولي في صغرها فإن إقراره موقوف إلى بلوغها ، فإذا بلغا وصدقاها نفذ إقراره وإلا يبطل : وعندهما ينفذ في الحال وقال : إنه أشار إليه في المبسوط ، قال : هو الصحيح . وقيل الخلاف فيما إذا بلغ الصغير وأنكر النكاح فأقر الولي ، أما لو أقر بالنكاح في صغره صح إقراره ، كذا في المغني . وفي مبسوط شيخ الإسلام : إذا أقر الأب على الصغير والصغيرة على قوله لا يصدق إلا بينة ، وإن صدقه الزوج في ذلك أو المرأة ، وعلى قولهما يصدق من غير بينة ، فإن قيل : على من تقام البينة ولا تقبل إلا على منكر يعتبر إنكاره والمنكر هو الصبي ، ولا عبرة بإنكاره والأب والزوج أو المرأة مقرآن ؟ قلنا : ينصب القاضي خصما عن الصغير أو الصغيرة حتى ينكر فيقيم الزوج البينة فيثبت النكاح على الصغير والصغيرة اهـ كله من المصنف . والذي يظهر أن قول من قال إن الخلاف فيما إذا بلغا فأنكرا النكاح ، أما إذا أقر عليهما في صغرها يصح بالاتفاق أوجه . وإقرار وكيل رجل أو امرأة بتزويجها وإقرار مولى العبد بتزويجه على هذا الخلاف ، فأما إقراره بنكاح أمته فنافذ اتفاقا . الرابع في النوازل : امرأة جاءت إلى قاض فقالت أريد أن أتزوج ولا ولي لي ، فللقاضي أن يأذن لها في النكاح كما لو علم أن لها وليا . ويمثله أجاب أبو الحسن السغدّي ، وما نقل فيه من إقامتها البينة فخلاف المشهور ، وما نقل من قول حماد بن أبي حنيفة يقول لها القاضي إن لم تكوني قرشية ولا عربية ولا ذات بعل فقد أذنت لك ، فالظاهر أن الشرطين الأولين محمولان على رواية عدم الجواز من غير الكفاءة ، وأما الشرط الثالث فعلوم الاشتراط الخامس لا يملك الوصي ولا الأب تزويج عبد الصغير ، وكذا تزويج عبده من أمته ، كذا في الاستحسان وهو قول محمد وعملكان تزويج أمته (قوله وقال زفر : إذ غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة لا يزوجه أحد حتى تبلغ) بناء على أنه على ولايته لأن الولاية ثبتت حقا له على ما تقدم في دليل محمد وقدمنا جوابه . وقال الشافعي رحمه الله : يزوجه

في فتاوى قاضيخان. قوله (وإذا غاب الولي الأقرب) يعني كالأب (غيبة منقطعة جاز لمن هو أبعد منه) كالجدة أن يزوج . (وقال زفر : ليس له ذلك) وقال الشافعي : يزوج السلطان . لفر أن ولاية الأقرب قائمة لأنها ثبتت

(قوله لفر أن ولاية الأقرب قائمة لأنها) أقول : ضمير لأنها راجع إلى ولاية .

قائمة لأنها ثبتت حقا له صيانة القرابة فلا تبطل بغيبته، ولهذا لو زوجها حيث هو جاز، ولا ولاية للأبعمع ولايته . ولنا أن هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض إلى من لا ينتفع برأيه فقوضناه إلى الأبعد وهو مقدم على السلطان كما إذا مات الأقرب ، ولو زوجها حيث هو فيه منع

السلطان لا الأبعد . وعندنا يزوجها الأبعد لأن هذه ولاية نظرية ثبتت نظرا لليثيمة لحاجتها إليها ، ولا نظر في التفويض إلى من لا ينتفع برأيه ، وهذا لأن التفويض إلى الأقرب ليس لكونه أقرب بل لأن في الأقربة زيادة مظنة للحكمة وهي الشفقة الباعثة على زيادة إتقان الرأي للمولية ، فحيث لا ينتفع برأيه أصلا سلبت إلى الأبعد ، إذ لو أبقينا ولاية الأقرب أبطلنا حقها وفاتت مصلحتها . أما الولي فحقه في الصيانة عن غير الكفء يكون مقتضيا لإثبات ولاية الفسخ إذا وقع بفعلها من غير كفء فلا يتوقف على إثبات ولاية التزويج له ، فحيث ثبتت فإثما هي لحاجتها حقا لها . ولو سلم فقوات حقه بسبب من جهته وهو غيبته على أن المقصود له لا يفوت إذ يخلفه فيه الولي الأبعد لأنه تلوه في نفي غير الكفء والاحتباس عن التلطف بنسبته فتضاعفوا على مقصود واحد فوجب المصير إلى ما قلنا وظهر وجه تقديمه على السلطان ، ولأنه لو سلبت ولايته بموته كان الأبعد أولى من السلطان ، فكذا إذا سلبت بعارض آخر . فالحاصل في علة تقديمه على السلطان لا يختلف بالموت وغيره . وقال صلى الله عليه وسلم « السلطان ولي من لا ولي له » وما يقال من أنه ينتفع برأيه بالرسول وبالكتاب وكتاب الخاطب إليه حيث هو فخلاص المعتاد في الغائب والخطاب فلا يفرض الفقه باعتباره وقد لا يعرف مكانه ، ونظيره الحضنة والثرية يقدم فيه الأقرب ، فإذا تزوجت القرية وثبت مظنة شغلها بالزوج صارت للبعدي ، وكذا النفقة في مال الأقرب فإذا انقطع ذلك لبعده ماله وجبت في مال الأبعد (قوله ولو زوجها حيث هو فيه منع) جواب عن استدلال زفر على قياس ولايته حال غيبته بأنه لو زوجها حيث هو صرح اتفاقا فدل على أنه لم يسلب الولاية ، شرعا بغيبته . أجب بمنع صحة تزويجه . قال في المحيط : لا رواية فيه ، وينبغي أن لا يجوز لا تقاطع ولايته . وفي المبسوط : لا يجوز ، ولو سلم فلائها انتفعت برأيه وهذا تنزل ، ووجهه أن للأبعد قرب التدبير وللأقرب قرب القرابة فزلا منزلة ولين في درجة واحدة ، فأيهما عقد جاز لأنه أمس بالمعنى المعلق به ثبوت الولاية وسلبها . ومعناه أن سلب الولاية إنما كان لسلب الانتفاع برأيه ، فلما زوجها من حيث هو ظهر أنه لم يكن معلق به سلب الولاية ثابتا بل القائم مناط ثبوتها . وفي شرح الكنز : لا رواية فيه ، فلنا أن نمنع لأنه لو جاز عقده حيث هو لأدى إلى مفسدة لأن الحاضر لو زوجها بعد تزويج الغائب لعدم علمه لدخل بها الزوج وهي في عصمة غيره ، وما قالوه في صلاة الجنازة يدل عليه وهو أن الغائب لو كتب ليقدم رجلا في صلاة الجنازة فللأبعد منعه ، ولو كانت له ولاية باقية لما كان له منعه ، كما لو كان حاضرا وقدم غيره . وقد استفيد مما ذكرنا أن الولين إذا استويا كأخوين شقيقين أيهما زوج نفذ . ومن العلماء من قال : لا يجوز ما لم يجتمعا على العقد والعمل على ما ذكرنا ، فإن زوجها كل منهما فالصحة

حقا له صيانة للقرابة عن نسبة غير الكفء إليها ، والحق القائم بشخص لا يبطل بغيبته (ولهذا لو زوجها حيث هو جاز) بالاتفاق ، وإذا كانت ولاية الأقرب في غيبته قائمة لا يكون للأبعد ولاية (ولنا أن هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض إلى من لا ينتفع برأيه) وكلنا المتقدمين ظاهرة (فقوضناه) أي النظر (إلى الأبعد) وقوله (وهو مقدم على السلطان) إشارة إلى جواب الشافعي (كما إذا مات الأقرب) فإن الولاية لم تنتقل إلى السلطان بموت الأقرب فكذا بغيبته . وقوله (ولو زوجها حيث هو فيه) جواب عن قول زفر ولهذا لو زوجها حيث هو جاز

وبعد التسليم نقول للأبعد بعد القرابة وقرب التدبير وللأقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين فأيهما عقد نفذ ولا يرد والغيبة المنقطعة أن يكون في بلد لاتصل إليها القوافل في السنة إلا مرة واحدة) وهو اختيار القدوري . وقيل أدنى مدة السفر لأنه لانهاية لأقصاه وهو اختيار بعض المتأخرين . وقيل : إذا كان بحال يفوت الكفء الخاطب باستطلاع رأيه . وهذا أقرب إلى الفقه لأنه لانظر في إبقاء ولايته حينئذ (وإذا اجتمع في المجنونة أبوها وابنها فالولي في نكاحها ابنها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد أبوها)

للسابق ، فإن لم يعلم السابق أو وقعا معا بطلا لعدم الأولوية بالتصحيح ، ولو زوجها أبوها وهي بكر بالغة بأمرها وزوجت هي نفسها من آخر فأيهما قالت هو الأول فالقول قولها وهو الزوج لأنها أقرت بملك النكاح له على نفسها وإقرارها حجة تامة عليها ، وإن قالت لا أدري الأول ولا يعلم من غيرها فرق بينها وبينها ، وكذا لو زوجها وليان بأمرها (قوله ولا يد الخ) يفيد أنه لو حضر الأقرب بعد عقد الأبعد لا يرد عقده وإن عادت ولايته بعوده (قوله والغيبة المنقطعة أن يكون في موضع لاتصل إليه القوافل في السنة إلا مرة وهو اختيار القدوري) وعن أبي يوسف من جابلقا إلى جابلنا : وهما قريتان إحداهما بالمشرق والأخرى بالمغرب ، وهذا رجوع إلى قول زفر ، وإنما ضرب هذا مثلا ، وعنه في رواية أخرى من بغداد إلى الري ، وهكذا عن محمد ، وفي رواية من الكوفة إلى الري . ومن المشايخ من قال : حدة الغيبة المنقطعة أن يكون متحوّلا من موضع إلى موضع فلا يوقف على أثره ، أو يكون مفقودا لا يعرف خبره . وقيل إذا كان في موضع يقع الكراء إليه دفعة واحدة فليست غيبة منقطعة أو بدفعات فنقطعة ، وقيل أدنى مدة السفر لأنه لانهاية لأقصاه وهو اختيار بعض المتأخرين منهم القاضي الإمام أبو علي التسنّي وسعد بن معاذ وأبو عصمة المروزي وابن مقاتل الرازي وأبو علي السغدّي وأبو اليسر والصدّر الشهيد ، قالوا : وعليه الفتوى . وقال الإمام السرخسي في مبسوطه : والأصح أنه إذا كان في موضع لو انتظر حضوره واستطلاع رأيه يفوت الكفء ، وعن هذا قال قاضيخان في الجامع الصغير : لو كان مخفيا في المدينة بحيث لا يوقف عليه تكون غيبته منقطعة ، وهذا حسن لأنه النظر . وفي النهاية : عليه أكثر المشايخ منها القاضي الإمام أبو بكر محمد بن الفضل . وفي شرح الكنز : أكثر المتأخرين على أدنى مدة السفر ، ولا تعارض بين أكثر المتأخرين وأكثر المشايخ والأشبه بالفقه قول أكثر المشايخ (قوله وإذا اجتمع في المجنونة) جنونا أصليا بأن بلغت مجنونة أو عارضا بأن طرأ الجنون بعد البلوغ (أبوها) أو جدّها (مع ابنها فالولي في تزويجها ابنها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد أبوها) وقال زفر في العارضي : لا يزوّجها أحد لأن الولاية زالت عند بلوغها عاقلة فلا ترجع وليس بشيء فلا ترجع عند وجود مناط الحجر بل هي أحوج إلى الولاية بالجنون

بالمع : يعني لانسلم جوازه (وبعد التسليم نقول للأبعد بعد القرابة وقرب التدبير وللأقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين فأيهما عقد نفذ ولا يرد) يعني إذا حضر الأقرب وقد زوج الأبعد لا يرد النكاح ، ثم فسر الغيبة المنقطعة وهو ظاهر ، وقوله (وهو اختيار بعض المتأخرين) منهم القاضي الإمام علي السغدّي والقاضي الإمام أبو علي التسنّي وهو قول محمد بن مقاتل الرازي وسفيان الثوري وأبي عصمة وسعد بن معاذ المروزي . وقوله (لأنه لانظر في إبقاء ولايته حينئذ) يعني لعدم الانتفاع به ، وعن هذا قال الإمام قاضيخان في الجامع الصغير

(قال المصنف : فنزلا منزلة وليين متساويين) أقول : قال ابن المصنف : قد استفيد ما ذكره أن الوليين إذا استويا كآخوين شقيقين أيهما زوج نفذ ، ومن العلماء من قال : لا يجوز ما لم يجتمعا على العقد والعمل ، فإن زوجها كل منهما فالصحة السابق ، فإن لم يعلم السابق أو وقعا معا بطلا لعدم الأولوية بالتصحيح اهـ . ويدل على ذلك ما سيجي في باب ما يوجب القصاص ، وما لا يوجب أن ولاية الإنكاح تثبت لكل من الأولياء كلا .

لأنه أوفر شفقة من الابن . ولهما أن الابن هو المقدم في العصبية . وهذه الولاية مبنية عليها ولا معتبر بزيادة الشفقة كأبي الأم مع بعض العصبيات .

(فصل في الكفاءة)

(الكفاءة في النكاح معتبرة) قال صلى الله عليه وسلم « ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء ، ولا يزوجن إلا من الأكفاء »

منها إليها بالصغر لأن الحاجة إليها في الصغر لتحصيل الكفاءة وفي الجنون لذلك ودفع الشهوة والممارسة ، وكذا المجنون يجتمع فيه أبوه وابنه أو جدّه على هذا الخلاف . وعن أبي يوسف رواية أخرى : أيهما من الأب والابن زوج جاز ، وهي رواية المولى جعلهما في مرتبة ، ولا يبعد إذ في الابن قوة العصبية وفي الأب زيادة الشفقة ففي كل منهما جهة (قوله) في وجه قولهما (وهذه الولاية مبنية على العصبية) بالنص السابق ، والابن هو المقدم في العصبية شرعا لانفراده بالأخذ بالعصبية عند اجتماعه معه . ثم إذا زوج المجنونة أو المجنون الكبيرين أبوهما أو جدّهما لا خيار لهما إذا أفاقا لتمام شفقتهم . ولو زوج الرجل المجنون أو المرأة ابنتها فلا رواية فيه عن أبي حنيفة ، وينبغي أن لا يكون لهما خيار لأنه يقدم على الأب والجد ولا خيار لهما في تزويجهما فالابن أولى .

(فصل في الكفاءة)

الكفاءة المقام ويقال لا كفاءة له ١ بالكسر . ولما كانت الكفاءة شرط الزوم على الولي إذا عقدت بنفسها حتى كان له الفسخ عند عدمها كانت فرع وجود الولي وهو بثبوت الولاية ، فقدم بيان الأولياء ومن تثبت له ثم أعقبه فصل الكفاءة (قوله معتبرة) قالوا : معناه معتبرة في الزوم على الأولياء حتى إن عند عدمها جاز للولي الفسخ ثم استدل بقوله صلى الله عليه وسلم « ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء »

حتى لو كان مختلفيا في البلدة لا يوقف عليه تكون غيبته منقطعة . وقوله (لأنه أوفر شفقة من الابن) بدليل أن ولاية الأب تعم النفس والمال . والابن ليس له الولاية في المال (ولهما أن الابن هو المقدم في العصبية) ألا ترى أن الأب معه يستحق السدس بالفرضية فقط . وقوله (ولا معتبر بزيادة الشفقة) جواب محمد .

(فصل في الكفاءة)

لما كانت الكفاءة معتبرة على ما تقدم أن عدمها يمنع الجواز أو يمكن الأولياء من الفسخ احتاج إلى أن يذكرها في فصل على حدة ، والكفاءة بالفتح مصدر والاسم منه الكفاءة وهو النظر من كافأه إذا ساواه فهي معتبرة في النكاح . قال صلى الله عليه وسلم « ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء ، ولا يزوجن إلا من الأكفاء » رواه جابر

(فصل في الكفاءة)

(١) قوله (ويقال لا كفاءة له) كذا في بعض نسخ الفتح ، ومثله في كتب اللغة . قال في الأساس : وتقول لا كفاءة له بالكسر وهو في الأصل مصدر وضع موضع المكافئ . قال حسان * وروح القدس له ليس له كفاءة * أي مكافئ . اهـ .
ورفع في بعض النسخ سقط وتصحيف فليحذر كتبه مصححه .

ولا يزوجن إلا من الأكفاء» فههنا نظران في إثبات حجتيه ، ثم وجه دلالته على الدعوى على الوجه المذكور من معناها . أما الأول فهو حديث ضعيف لأن في سنده مبشر بن عبيد عن الحجاج بن أرطاة والحجاج مختلف فيه ومبشر ضعيف متروك نسبه أحد إلى الوضع وسأقي تخريجه لكنه حجة بالتضافر والشواهد ، فمن ذلك ما روى محمد في كتاب الآثار عن أبي حنيفة عن رجل عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : لأمنعن فروجاً ذوات الأحساب إلا من الأكفاء . ومن ذلك ما رواه الحاكم وصححه من حديث علي أنه عليه الصلاة والسلام قال له : « يا علي ثلاث لا توخرها : الصلاة إذا أتت ، والجنابة إذا حضرت ، والأيم إذا وجدت كفواً » ، وقول الترمذي فيه لأرى إسناده متصلاً منتف بما ذكرناه من تصحيح الحاكم . وقال في سنده سعيد بن عبد الله الجهني مكان قول الحاكم سعيد بن عبد الرحمن الجمحي فليظفر فيه . وما عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم « تخيروا لنطفكم وأنكحوا الأكفاء » روى ذلك من حديث عائشة وأنس وعمر من طرق عديدة فوجب ارتقاؤه إلى الحجية بالحسن لحصول الظن بصحة المعنى وثبوته عنه صلى الله عليه وسلم ، وفي هذا كفاية ، ثم وجدنا في شرح البخاري للشيخ برهان الدين الحلبي ذكر أن البغوي قال إنه حسن ، وقال فيه رواه ابن أبي حاتم من حديث جابر عن عمرو بن عبد الله الأودي بسنده ثم أوجدنا بعض أصحابنا صورة السند عن الحافظ قاضي القضاة العسقلاني الشهير بابن حجر . قال ابن أبي حاتم : حدثنا عمرو بن عبد الله الأودي ، حدثنا وكيع عن عباد بن منصور قال : حدثنا القاسم بن محمد قال : سمعت جابراً رضي الله عنه يقول : قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « ولا مهر أقل من عشرة » من الحديث الطويل . قال الحافظ : إنه بهذا الإسناد حسن ولا أقل منه . وأغنى عما استدلل به بعضهم من طريق الدلالة فقال : إذا كانت الكفاءة معتبرة في الحرب وذلك في ساعة في النكاح وهو للعمر أولى . وذكر ما وقع في غزوة بدر أنه لما برز عتبة بن ربيعة وشيبة بن ربيعة والوليد بن عتبة ، وخرج إليهم عوف ومعوذ ابنا عفراء وعبد الله بن رواحة قالوا لهم : من أنتم ؟ قالوا : رهط من الأنصار ، فقالوا : أبناء قوم كرام ، ولكننا نريد أكفاءنا من قريش ، فقال صلى الله عليه وسلم : « صدقوا » ، ثم أمر حمزة وعلياً وعبيدة بن الحارث « الخ » . فأما قوله صلى الله عليه وسلم « صدقوا » فلم أره ، والذي في سيرة ابن هشام عن ابن إسحاق أنهم قالوا لهم : أنتم أكفاء كرام ، ولكننا نريد بني عمنا . وفي رواية : « مالنا بكم من حاجة » ، ثم نادى مناديهم بإحمد أخرج لنا أكفاءنا من قريش . فقال صلى الله عليه وسلم : قم يا حمزة وقم يا علي « الخ » . ونحن نقطع أن عدو الله لوبرز للمسلمين يريد إطفاء نور الله وهو من أكابر أنسابهم فخرج إليهم عبد من المسلمين فقتله كان مشكوراً عند الله وعند المؤمنين ولم يزد ذلك النسب إلا بعداً . نعم الكفاءة المطلوبة هنا كفاءة الشدة فينبغي أن يخرج إليه كفؤه فيها لأن المقصود نصرة الدين ولو كان عبداً ، وكلامه إنما يفيد في النسب ، وإنما أجابهم صلى الله عليه وسلم لذلك إما لعلمه بأنهم أشد من الذين خرجوا إليهم أولاً أو لئلا يظن بالمطلوبين عجز أو جبن ، أو دفعاً لما قد يظن أهل النفاق من أنه يرضن بقرابته دون الأنصار . النظر الثاني لا يخفى أن الظاهر من قوله « لا يزوجن إلا من الأكفاء » أن الخطاب للأولياء نهياً لهم أن يزوجهن إلا

(١) قوله (فروج) كذا في بعض النسخ ، وفي بعضها : تزوج ، وكلاهما صحيح فحرر الرواية كتبه مصححه .

ولأن انتظام المصالح بين المتكافئين عادة ، لأن الشريعة تأتي أن تكون مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها ، بخلاف جانبها لأن الزوج مستفرش فلا يغيظه دناءة الفراش

من الأكفاء ، ولا دلالة فيه على أنها إذا زوجت نفسها من غير الكفاء ثبت لهم حق الفسخ . فإن قلت : يمكن كون فاعل يزوج المخلوف أعم من الأولياء ، ومنها أن لا يزوجهن مزوج هي لنفسها أو الأولياء لها . فالجواب أن حاصله أنها منبهة عن تزويجها نفسها بغير الكفاء فإذا باشرته لزمها المعصية ولا يستلزم أن الولي فسخه إلا المعنى الصرف ١ وهو أنها أدخلت عليه ضررا فله دفعه ، وهذا ليس مدلول النص ، ولو علل نهيا التضمني للنص بإدخالها الضرر عليه لم يكن فسخه مدلول النص . وإنما قلنا التضمني لأن النهي على هذا التقدير متعلق بها وبالأولياء ، فبالنسبة إليهم إنما يعلل بترك النظر لها . وبالنسبة إليها بإدخال الضرر على الولي . وعلى كل تقدير فليس مدلول اللفظ . ولا يشكل على سامع أن في قول القائل إذا زوجت المرأة نفسها من غير كفاء فلولي فسخه لقوله صلى الله عليه وسلم « لا يزوجهن أحد إلا من الأكفاء » نبوة للدليل عن المدعى . فالحق أنه دليل على مجرد الاعتبار في الشرع من غير تعرض لأمر زائد على ذلك كما هو في الكتاب . فإن قلت : كون الشيء معتبرا في الشرع لا بد من كونه على وجه خاص : أعني معتبرا على أنه واجب أو مندوب . قلنا : نعم لكنه لم تقصد الخصوصية . فإن قلت : فما هو ؟ قلنا : مقتضى الأدلة التي ذكرناها الوجوب : أعني وجوب نكاح الأكفاء وتعليلها بانتظام المصالح يؤيده لا ينفيه . ثم لا يستلزم كونه أول كفاء خاطب إلا ما روى الترمذي من حديث أبي هريرة رضي الله عنه ، عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه ، إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير » ولولا أن شرط المشروع القطعي لا يثبت بظني لقلنا باسقاط الكفاءة للصحة . ثم هذا الوجوب يتعلق بالأولياء حقا لها وبها حقا لم على ماتين بما ذكرناه ، لكن إنما تتحقق المعصية في حقهم إذا كانت صغيرة لأنها إذا كانت كبيرة لا ينفذ عليها تزويجهم إلا برضاها : فهي تاركة لحقها ، كما إذا رضى الولي بترك حقه حيث ينفذ . هذا كله مقتضى الأدلة التي ذكرناها مع قطع النظر عن غيرها ، وعلى اعتبارها يشكل قول أبي حنيفة في أن الأب له أن يزوج بنته الصغيرة من غير كفاء . فإن قلت : خطب صلى الله عليه وسلم فاطمة بنت قيس وهي قرشية على أسامة بن زيد وليس قرشيا ، وزوجت أخت عبد الرحمن بن عوف من بلال وهو حبشي ، وزوج أبو حذيفة بنت أخيه من مولاة ، وكل ذلك بعلم الصحابة وبعبه بفعل النبي صلى الله عليه وسلم . فالجواب أن وقوع هذه ليس يستلزم كون تلك النساء صغائر بل العلم محيط بأنهن كبار خصوصاً بنت قيس كانت ثينا كبيرة حين تزوجها أسامة ، وإنما جاز لإسقاطهن حق الكفاءة هن وأولياؤهن . هذا وفي اعتبار الكفاءة خلاف مالك . الثوري والكرخي من مشايخنا لما روى عنه صلى الله عليه وسلم « الناس سواسية كأسنان المشط » لأفضل لعربي على عجمي إنما الفضل بالتقوى » قلنا ما رويناه يوجب حمل ما روه على حال الآخرة جمعاً بين الأدلة (قوله ولأن انتظام الخ) يعني أن المقصود من شرعية النكاح انتظام مصالح كل من الزوجين بالآخر في مدة العمر لأنه

(ولأن انتظام المصالح بين المتكافئين عادة) والنكاح شرع لا انتظامها ولا تنتظم بين غير المتكافئين (لأن الشريعة تأتي أن تكون مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها) من جانبها بخلاف جانبها لأنه مستفرش فلا يغيظه دناءة الفراش

(قال المصنف : ولأن انتظام المصالح بين المتكافئين) أقول : قوله بين المتكافئين خبر إن في قوله ولأن .

(١) (إلا المعنى الصرف) كذا في نسخة ، وفي أخرى : إلا المعنى الضرر ، وخبر كتيه مصححه .

(وإذا زوّجت المرأة نفسها من غير كفء فلاأولياء أن يفرقوا بينهما) دفعا لضرر العار عن أنفسهم (ثم الكفاءة تعتبر في النسب) لأنه يقع به التفاخر

وضع لتأسيس القربايات الصهرية ليصير البعيد قريبا عضدا وساعدا يسره مايسرك ويسوءه مايسوءه ، وذلك لا يكون إلا بالموافقة والتقارب ، ولا مقارنة للنفس عند مباحدة الأنساب والانصاف بالرق والحرية ونحو ذلك ، ولذلك رأينا الشرع فسخ عقد النكاح إذا ورد ملك اليمين لها عليه وإن كان معللا أيضا بعلّة أخرى عامة للطرفين على مامر في فصل المحرمات فعقده مع غير المكافئ قريب الشبه من عقد لا ترتب عليه مقاصده ، وإذا كان إياه فسد ، وإذا كان طريقه كره ولم يلزم لموليه إذا انفرد به الولي لظهور الإضرار بها (قوله وإذا زوّجت المرأة نفسها من غير كفء فلاأولياء) وإن لم يكونوا محارم كابين العم (أن يفرقوا بينهما دفعا لعار عن أنفسهم) مالم يجيء من الولي دلالة الرضا كقبضه المهر أو النفقة أو المخاصمة في أحدهما فإن لم يقبض وكالتجهيز ونحوه ، كما لو زوّجها على السكت فظهر عدمها ، بخلاف ما إذا اشترط العاقد الكفاءة أو أخبره الزوج بها حيث كان له التفريق ، أما إذا لم يشترط ولم يخبره فذكر في الفتاوى الصغرى فيمن زوّجت نفسها مما لا يعلم حاله فإذا هو عبد مأذون له في النكاح ليس لها الفسخ بل للأولياء ، أو زوّجها الأولياء ممن لا يعلمون حاله ولم يخبرهم بحريته ورقة فإذا هو عبد مأذون له في النكاح ليس لهم الفسخ . ولو أخبر بحريته أو شرطوا ذلك فظهر بخلافه كان للعاقد الفسخ ، ولا يكون سكوت الولي رضا إلا إن سكت إلى أن ولدت فليس له حينئذ التفريق . وعن شيخ الإسلام أن له التفريق بعد الولادة أيضا ، وهذه الفرقة فسخ لا ينقص عدد الطلاق ولا يجب عندها شيء من المهر إن وقعت قبل الدخول ، وبعده لها المسمى ، وكذا بعد الخلوة الصحيحة وعليها العدة ولها نفقة العدة لأنها كانت واجبة . ولا تثبت هذه الفرقة إلا بالقضاء لأنه مجتهد فيه وكل من الخصمين يتثبت بدليل فلا ينقطع النزاع إلا بفصل القاضي ، والنكاح قبله صحيح يتوارثان به إذا مات أحدهما قبل القضاء ، هذا على ظاهر الرواية ، أما على الرواية المختارة للفتوى لا يصح العقد أصلا إذا كانت زوّجت نفسها من غير كفء . وهل للمرأة إذا زوّجت نفسها من غير كفء أن تمنع نفسها من أن يطلّأها ؟ مختار الفقيه أبي الليث نعم . قال في التجنيس : هذا وإن كان خلاف ظاهر الجواب لأن من حجة المرأة أن تقول إنما تزوّجتك على رجاء أن يجيز الولي وعسى لا يرضى فيفرق فيصير هذا وطأ بشبهة . ورضاء بعض الأولياء المستوفين في درجة كرضا كلهم خلافا لأبي يوسف وزفر لأنه حتى الكل فلا يسقط إلا برضا الكل ، كالدين المشترك ، قلنا : هو حق لهم لكن لا يتجزأ فيثبت لكل منهم على الكمال كولاية الأمان ، فإذا أبطله أحدهم لا يبقى كحق القصاص ، أما لو رضى الأبعد كان للأقرب الاعتراض . ولو زوّجها الولي بإذنها من غير كفء فطلقها ثم زوّجت نفسها منه ثانيا كان لذلك الولي التفريق ، ولا يكون الرضا بالأول رضا بالثاني لأن الإنسان لا يبعد رجوعه عن خلة دنية ، وكذا لو زوّجها هو من غير كفء فطلقها فتزوّجت آخر غير كفء ولو تزوّجته ثانيا في العدة ففرق بينهما لزمه مهر ثان واستأنفت العدة وإن كان قبل الدخول في الثاني ، وستأتي هذه المسئلة في باب العدة إن شاء الله تعالى (قوله ثم الكفاءة تعتبر في النسب) جميع ما ذكر في المبسوط وفتاوى الولوالجي

(وإذا زوّجت المرأة نفسها من غير كفء فلاأولياء أن يفرقوا بينهما دفعا لضرر العار عن أنفسهم) يعنى مالم تلد منه كما تقدم . فإن قيل : الحديث يدل على عدم الجواز ، ففي القول بالجواز بدونها وحق الاعتراض مخالفة له . قلت : جاز أن يكون نهيًا وهو يقتضي المشروعية عندنا (ثم الكفاءة) عندنا (تعتبر في) خمسة أشياء (النسب)

(قوله قلت : جاز أن يكون نهيًا الخ) أقول : لا يخفى أن هذا الجواب اعتراف بفساد النكاح ، فهو صلح من غير تراخي الخصمين لأن

(فقريش بعضهم أكفاء لبعض ، والعرب بعضهم أكفاء لبعض) والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام

مذكور في الكتاب وسيورده ، إلا الكفاءة في العقل ذكره الولوالحي ولم يذكره هنا ، قال بعضهم : لارواية في اعتبار العقل في الكفاءة . واختلف فيه ؛ فقليل يعتبر لأنه يفوت بعده مقصود النكاح ، وقيل لا لأنه مرض ، ولا تعتبر الكفاءة عندنا في السلامة من العيوب التي يفسخ بها البيع كالجذام والجنون والبرص والبخر والدفر إلا عند محمد في الثلاثة الأول : أعني الجنون والجذام والبرص إذا كان بحال لا تطبق المقام معه فالحق اعتبار الكفاءة في العقل على قول محمد ، إلا أن الذي له التفريق والفسخ الزوجة لا الولي وكذا في أخويه عنده .

[فرع] انتسب إلى غير نسبه لامرأة فتزوجته ثم ظهر خلاف ذلك ، فإن لم يكافئها به كقرشية انتسب لها إلى قريش ثم ظهر أنه عربي غير قرشي فلها الخيار : ولو رضى كان للأولياء التفريق وإن كافأها به كعربية ليست قرشية انتسب لها إلى قريش فظهر أنه عربي غير قرشي فلا حق للأولياء ، ولها هي الخيار عندنا إن شئت فارقته خلافاً لزفر . ولنا أنه شرط لنفسها في النكاح زيادة منفعة وهو أن يكون ابنها صالحاً للخلافة ، فإذا لم تتل كان لها الخيار ، كشراء العبد على أنه كاتب فظهر خلافه . وأيضاً الاستفراش ذل في جانبها فقد ترضى به ممن هو أفضل منها لا من مثلها ، فإذا ظهر خلافه فقد غرّها وتبين عدم رضاها بالعقد فيثبت لها الخيار ، ولو كان هذا الانتساب من جانبها والغرور لم يكن له خيار لأنه لا يفوت عليه شيء من مقاصد النكاح بما ظهر من غرورها ولتخلصه منها بطريق يمكنه وهو الطلاق فلا حاجة إلى إثبات الخيار ويحتاج بعد هذا إلى فضل تقرير ، وقر بين هذا وبين إثبات خيار البلوغ للغلام وهو سهل إن شاء الله تعالى (قوله فقريش بعضهم أكفاء لبعض) روى الحاكم بسند فيه مجهول ، فإن شجاع بن الوليد قال : حدثنا بعض إخواننا عن ابن جريج عن عبد الله بن أبي مليكة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « العرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ورجل برجل ، والموالي بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ورجل برجل إلا حائكاً أو حجماً » ورواه أبو يعلى بسند فيه عمران بن أبي الفضل الإيلي ، وضعف بأنه موضوع وأن عمران هذا يروي الموضوعات عن الأثبات . وروى الدارقطني عن ابن عمر مرفوعاً « الناس أكفاء قبيلة لقبيلة وعربي لعربي ومولى لمولى إلا حائكاً أو حجماً » وضعف ببقية بن الوليد وهو مخيل إن عنعن الحديث ليس غير . وبأن محمد بن الفضل مطعون فيه . ورواه ابن عدي في الكامل من حديث علي وعمر باللفظ الأول ، وفيه علي بن عروة قال منكر الحديث ، وعثمان بن عبد الرحمن قال صاحب التقيح هو الطرائفي من أهل حران يروي المجاهيل ، وقد روى هذا الحديث من وجه آخر عن عائشة وهو ضعيف اه كلامه . وروى البزار عن خالد بن معدان عن معاذ بن جبل يرفعه « العرب بعضهم أكفاء لبعض » اه . وابن معدان لم يسمع من معاذ ، وفيه سليمان بن أبي الجحون قال ابن القطان : لم أجد له ذكراً . وبالحملة فللحديث أصل ، فإذا

والحرية ، والدين ، والمال ، والصنائع . أما النسب فلأنه يقع به التفاخر ، وكان سفيان الثوري يقول : لا تعتبر الكفاءة فيه لأن الناس سواسية بالحديث ، قال صلى الله عليه وسلم « الناس سواسية كأسنان المشط ، لا فضل لعربي على عجمي » ، إنما الفضل بالتقوى » وقد تأيد ذلك بقوله تعالى - إن أكرمكم عند الله أتقاكم -

النكاح الفاسد لا يفيد حكمه وهو الملك ، بخلافه البيع الفاسد فإنه يفيد حكمه كما صرح به ابن الممام في الفصل الثاني ، ثم لو صح ما ذكره لكان تزويج الأولياء من غير الأكفاء مشروعاً متفقاً بعين ما ذكره ، وليس كذلك على ما يحكي تفصيله ، ولعل الأولى أن يجاب بأنه لما وقع التعارض بين النصوص الدالة على جواز النكاح بدون الولي وبين النصوص الدالة على عدم جوازه صرنا إلى القياس على ما سبق تفصيله .

« قريش بعضهم أكفاء لبعض بطن بطن ، والغرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ،

ثبتت اختيار الكفاءة بما قدمناه فيمكن ثبوت تفصيلها أيضا بالنظر إلى عرف الناس فيما يحقرونه ويعيرون به فيستأنس بالحديث الضعيف في ذلك ، خصوصا وبعض طرقه كحديث بقية ليس من الضعف بذلك ، فقد كان شعية معظما لبقيّة وناهيك باحتياط شعية ، وأيضا تعدّد طرق الحديث الضعيف يرفعه إلى الحسن ، ثم القرشيان من جمعهما أب هو النضر بن كنانة فن دونه ، ومن لم ينسب إلا إلى أب فوقه فهو عربي غير قرشي ، وإنما سميت أولاد النضر قريشا تشبيها لم بدابة في البحر تدعى قرشا ، تأكل دوابه لأنهم من أعظم دواب البر عزة وفخرا ونسبا ، وعلى هذا قال اللهبي :

وقريش هي التي تسكن البحر ر بها سميت قريش قريشا
وقيل لأن النضر كان يسمى قريشا وهو اختيار الشعبي سمي به لأنه كان يقرش عن خلة الناس ليسد حاجاتهم بماله والتقرش التفتيش ، قال الخثر :

أيها الناطق المقرش عنا عند عمرو فهل لنا إبقاء
وقيل لأنه خرج يوما على نادى قومه فقال بعضهم : انظر إلى النضر كأنه حمل قريش ، وقيل سميت بقريش ابن الخثر بن مخلد كان صاحب غيرهم فكانوا يقولون قدمت غير قريش وخرجت غير قريش ولهذا الرجل ابن يسمى بدرا وهو الذي حفر بئر بدر وسميت به : وقيل لتجارتهم والقرش الكسب ، وقيل سميت به لأن فهر ابن مالك : قيل إن اسمه قريش ، وإنما فهر لقبه قاله ابن عباس لمعاوية حين سأله عن ذلك ، وعلى هذا ينبغي أن لا يكون قرشيا إلا من كان من أبناء فهر ، وقيل هو من الجمع ، والتقرش التجميع لأن قصيا جمع بني النضر في الحرم من بعد تفرقهم ، وقيل لما نزل قصي الحرم فعل أفعالا جميلة فليل له القرش فهو أول من سمي به ، وعلى هذا ينبغي كون القرشيين من جمعهما أب هو قصي ، والظاهر الأول ، ويكون من التجميع لا التجميع الذي هو فعل قصي والتجميع كان من أبناء النضر وإن كان القائل قال :

أبوكم قصي كان يدعى مجمعا به جمع الله للقبائل من فهر
لأنه ابن ابنة لأنه ابن مالك بن النضر غير أن القافية اتفقت كذلك ، ولا فبعد نقل أن قصيا سمي مجمعا لجمعه أولاد النضر عرف أن القرشيين من جمعهما النضر . هذا وقريش عمارة تحتها بطون لوى بن غالب وقصي وعدى ومنهم الفاروق رضي الله عنه . ومرة ومن مرة تيم ومنهم الصديق رضي الله عنه . ومخزوم ومنهم خالد بن الوليد المخزومي رضي الله عنه وهما فخذان . وهاشم فخذ والعباس فصيلة ، وأعم الطبقات الشعب مثل حمير وربيعة ومضر ثم القبيلة مثل كنانة ولذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « في قريش بطن بطن ، وفي العرب قبيلة بقبيلة » ونظم بعض الأدباء ترتيب الطبقات فقال :

قبيلة فوقها شعب وبعدهما عمارة ثم بطن تلوه فخذ
وليس يؤوى القى إلا فصيلته ولا سداد لسهم ماله قذ

ولنا قوله صلى الله عليه وسلم (قريش بعضهم أكفاء لبعض بطن بطن والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ،

(١) (قوله تدعى قرشا) أي سميت قريش بمصره كما في القاموس ، فدابة البحر هي القرش مكبرا ، والتصغير في بيت الله لإقامة الوزن كما هو ظاهر ، ولا عبرة بما وقع في بعض نسخ الفتح من إصلاح اسم الدابة قريشا بالتصغير كتبه مصححه .

والموالى بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل « ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما رويناه . ونحن نحمد كذلك إلا أن يكون نسباً مشهوراً كأهل بيت الخلافة ، كأنه قال تعظيماً للخلافة وتسكيناً للفتنة .

وذكر بعضهم العشيرة بعد الفصيلة فقال :

اقصد الشعب فهو أكثر حتى عدداً في الجواء ثم القبيلة
ثم يتلوها العمارة ثم الـ بطن والفخذ بعدها والفصيلة
ثم من بعدها العشيرة لكن هي في جنب ما ذكرنا قليله

(قوله والموالى) هم العتقاء ، والمراد هنا غير العرب وإن لم يمسه رقب لأنهم لما ضلوا أنسابهم كان التفاضل بينهم بالدين وما نذكره . ففي الحديث دليل على أنه لا يعتبر التفاضل في أنساب قريش ، فهو حجة على الشافعي في أن الهاشمي والمطلبى أكفاء دون غيرهم بالنسبة إليهم . قالوا : وزوج النبي صلى الله عليه وسلم بنته من عثمان وهو أموى ، وزوج أم كلثوم من عمر رضى الله عنه وهو عدوى . وفيه نظر ؛ إذ قد يقول يجوز كونه لإسقاط حقه في الكفاءة نظر إلى مصلحة أخرى لكنه يرى أنها شرط في النسب فيلزمه ما ذكرنا ، وعلى أكثر أصحابه في اعتبار الكفاءة في النسب في العجم ، وعلى محمد في اعتباره الزيادة بالخلافة حتى لا يكافئ أهل بيت الخلافة غيرهم من القرشيين ، هذا إن قصد بذلك عدم المكافأة لا إن قصد به تسكين الفتنة . وفي الجامع لقاضيخان : قالوا الحسب يكون كفاً للنسب ، فالعالم العجمي كفاء للجاهل العربي والعلوية ، لأن شرف العلم فوق شرف النسب والحسب ومكارم الأخلاق . وفي المحيط عن صدر الإسلام : الحسب هو الذي له جاه وحشمة ومنصب . وفي البنايع : والأصح أنه ليس كفاً للعلوية . وأصل ما ذكره المشايخ من ذلك ما روى عن أبي يوسف أن الذي أسلم بنفسه أو أعتق إذا أحرز من الفضائل ما يقابل به نسب الآخر كان كفاً له ولا يعتبر بالبلاد . في تنمة الفتاوى أن القروى

والموالى بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل (والمراد بالموالى العتقاء لما كانت غير عرب في الأكثر غلبت على العجم حتى قالوا الموالى بعضها أكفاء لبعض والعرب بعضها أكفاء لبعض) ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما رويناه (يعني من قوله عليه الصلاة والسلام « قريش بعضهم أكفاء لبعض » قابل البعض بالبعض من غير اعتبار الفصيلة بين قبائلهم ؛ ألا يرى أن النبي صلى الله عليه وسلم زوج ابنته رقية من عثمان وكان من بني عبد شمس ، وإنما قال في الموالى رجل برجل إشارة إلى أن النسب لا يعتبر فيهم قيل لأنهم ضيعوا أنسابهم فلا يكون التفاضل فيهم بالنسب بل بالدين كما أشار إليه سلمان حين افتخرت الصحابة بالأنساب وانتهى الأمر إليه : أبي الإسلام لا أب لى سواه . قوله (وعن محمد كذلك إلا أن يكون) يعني قال محمد : لا يعتبر التفاضل فيما بين قريش (إلا أن يكون) النسب (نسباً مشهوراً) في الحرمه (كأهل بيت الخلافة) فحينئذ يعتبر التفاضل ، حتى لو تزوجت قرشية من أولاد الخلفاء قرشياً ليس من أولادهم كان للأولياء حق الاعتراض . قال المصنف (كأنه) يعني محمداً (قال ذلك تعظيماً للخلافة وتسكيناً للفتنة) لا لانعدام أصل الكفاءة .

(قوله ألا يرى أن النبي صلى الله عليه وسلم) أقول : هذا التنوير لا يدل على تمام المدعى ، فإن نسب عثمان رضى الله عنه من أشرف أنساب قريش وإن لم يبلغ رتبة بنى هاشم .

وبنو باهلة ليسوا بأكفاء لعامة العرب لأنهم معروفون بالخصاسة (وأما الموالى فمن كان له أبوان في الإسلام فصاعدا فهو من الأكفاء) يعنى لمن له آباء فيه . ومن أسلم بنفسه أوله أب واحد في الإسلام لا يكون كفاً لمن له أبوان في الإسلام لأن تمام النسب بالأب والجد . وأبو يوسف ألحق الواحد بالثنى كما هو مذهبه في التعريف . ومن أسلم بنفسه لا يكون كفاً لمن له أب واحد في الإسلام لأن التفاخر فيما بين الموالى بالإسلام . والكفاءة في الحرية نظيرها في الإسلام في جميع ما ذكرنا لأن الرق أثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر في حكم الكفاءة .

كفء للمدنى (قوله وبنو باهلة الخ) استثناء من قوله والعرب بعضهم أكفاء لبعض ، وباهلة في الأصل اسم امرأة من همدان كانت تحت معن بن أعصر بن سعد بن قيس بن عيلان (١) فنسب ولده إليها وهم معروفون بالخصاسة . قيل كانوا يأكلون بقية الطعام مرة ثانية ، وكانوا يأخذون عظام الميتة يطبخونها ويأخذون دسوماتها فلذا قيل : ولا ينفع الأصل من هاشم إذا كانت النفس من باهلة وإذا قيل للكلب يا باهلي عوى الكلب من لؤم هذا النسب وقيل :

ولا يخلو من نظر ، فإن النص لم يفصل مع أنه صلى الله عليه وسلم كان أعلم بقبائل العرب وأخلاقهم وقد أطلق ، وليس كل باهلي كذلك بل فيهم الأجواد ، وكون فصيلة منهم أو بطن صعاليك فعلو ذلك لا يبرى في حق الكل (قوله وأما الموالى فمن كان له أبوان في الإسلام فصاعدا فهو من الأكفاء : يعنى لمن له آباء فيه ، ومن أسلم بنفسه أوله أب واحد في الإسلام لا يكون كفاً لمن له أبوان فيه لأن تمام النسب بالأب والجد ، وألحق أبو يوسف الواحد بالثنى كما هو مذهبه في التعريف) أى في الشهادات والدعاوى ، قيل كأن أبا يوسف إنما قال ذلك في موضع

وقوله (وبنو باهلة) بنو باهلة قبيلة من قيس عيلان وهى في الأصل اسم امرأة من همدان كانت تحت معن بن أعصر ابن سعد بن قيس عيلان فنسب ولدها إليها ، والعرب هم الذين استوطنوا المدن والقرى ، والواحد عربى ، والأعرابي واحد الأعراب وهم أهل البدو (وبنو باهلة ليسوا بأكفاء لعامة العرب لأنهم معروفون بالخصاسة) لأنهم كانوا يأكلون بقية الطعام مرة ثانية ، ولأنهم كانوا يطبخون عظام الميتة ويأخذون الدسومات منها . قال قائلهم :

ولا ينفع الأصل من هاشم إذا كانت النفس من باهلة

وقوله (وأما الموالى) ظاهر . وقوله (كما هو مذهبه في التعريف) أى في تعريف الشخص في الشهادة ، فإن الشهود إذا ذكروا اسم الغائب واسم أبيه يحصل به التعريف عند أبي يوسف . ولا حاجة إلى ذكر الجد ، وعندهما لا بد من ذكر الجد . وقوله (ومن أسلم بنفسه لا يكون كفاً لمن له أب واحد في الإسلام) نقل في النهاية عن الإمام المحبوبي أن هذا في الموالى ، وأما في العرب فمن لا أب له في الإسلام من العرب وهو مسلم فهو كفء لمن له آباء في الإسلام لأن العرب يتفاخرون بالنسب فيعدون النسب كفاً لنسب آخر إذا كانا مسلمين . وأما العجم فقد ضيعوا أنسابهم ، ومفاخرتهم بالإسلام ، فمن كان له أب في الإسلام يفتخر على من لا أب له فيه ولا يعدّه كفاً له (والكفاءة في الحرية نظيرها) أى نظير الكفاءة (في الإسلام في جميع ما ذكرنا) من الوفاق والخلاف فإن العبد لا يكون كفاً لمن هو حرة الأصل ، وكذلك المعتق لا يكون كفاً لها والمعتق أبوه لا يكون كفاً لمن لها أبوان في الحرية (لأن الرق أثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر في حكم الكفاءة) بسببه وروى عن أبي يوسف أن الذى أسلم بنفسه أو أعتق إذا أحرز من الفضائل ما يقابل نسب الآخر كان كفاً له .

(١) (قوله ابن عيلان) يعنى مهملة كما في كتب اللغة لا معجمة كما وقع في النسخ فليعلم كتبه مصححه .

قال (وتعتبر أيضا في الدين) أى الديانة ، وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله هو الصحيح لأنه من أعلى المفاخر ، والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ماتعير بضعة نسبه .

لا يعد كفر الجلد عيبا بعد أن كان الأب مسلما ، وهما قالاه في موضع يعد عيبا . والدليل على ذلك أنهم قالوا جميعا إن ذلك ليس عيبا في حق العرب لأنهم لا يعيرون بذلك وهذا حسن وبه ينتفى الخلاف ، ولا تعتبر الكفاءة بين أهل الذمة ، فلوزوجت نفسها فقال ولها ليس هذا كفا لم يفرق بينهما بل هم أكفاء بعضهم لبعض . قال في الأصل : إلا أن يكون نسبا مشهورا كينت ملك من ملوكهم خدعها حائك أو سائس فإنه يفرق بينهما لا لعدم الكفاءة بل لتسكين الفتنة ، والقاضى مأمور بتسكينها بينهم كما بين المسلمين (قوله والكفاءة في الحرية نظيرها في الإسلام) يعنى أن من كان له أبوان حران كافأ من كان له آباء أحرار ، ومن له أب واحد حر لا يكافئ من له أبوان حران ، ومن عتق بنفسه لا يكافئ من له أب حر . وفي التجنس : لو كان أبوها معتقا وأمها حرة الأصل لا يكافئها المعتق لأن فيه أثر الرق وهو الولاء ، والمرأة لما كانت أمها حرة الأصل كانت هى أيضا حرة الأصل . وفي المجتبى : معتقة الشريف لا يكافئها معتق الوضع ، واعلم أنه لا يعد كون من أسلم بنفسه كفا لمن عتق بنفسه (قوله وتعتبر أيضا في الدين : أى الديانة) فسر به ليعلم أن المراد به التقوى لا اتفاق الدين لأن تفاصيله تعرف في نكاح أهل الشرك ولا كونه مكافئا بإسلام نفسه أو أبيه أو جده لأنه مر قبلهما (قوله هو الصحيح) أى أن الصحيح اقتران قولى أبى حنيفة وأبى يوسف فإنه روى عن أبى حنيفة أنه مع محمد ، ورجحه السرخسى وقال : الصحيح من مذهب أبى حنيفة أن الكفاءة من حيث الصلاح غير معتبرة ، وقيل هو احتراز عن رواية أخرى عن أبى يوسف أنه لم يعتبر الكفاءة في الدين وقال : إذا كان الفاسق ذا مروءة كأعوان السلطان والمباشرين المكسفة ، وكذا عنه إن كان يشرب المسكر سرا ولا يخرج وهو سكران يكون كفا وإلا لا ، وحينئذ الأولى كون هو الصحيح احترازا عما روى عن كل منهما أنه لا يعتبر ، والمعنى هو الصحيح من قول كل منهما ، فلو تزوجت امرأة من بنات الصالحين فاسقا كان للأولياء فسخه وإن كان من مباشرى السلطان

قال (وتعتبر أيضا في الدين) أى وتعتبر أيضا الكفاءة في الدين (أى في الديانة) وهى التقوى والصلاح والحسب وهو مكارم الأخلاق ، وإنما فسر الدين بالديانة لأن مطلق الدين هو الإسلام ، ولا كلام فيه لأن إسلام الزوج شرط جواز نكاح المسلمة ، وإنما الكلام في حق الاعتراض للأولياء بعد انعقاد العقد وذلك لا يكون إلا في الدين بمعنى الديانة (وهذا) أى اعتبار الكفاءة في الديانة (قول أبى حنيفة وأبى يوسف لأنه) أى الدين بمعنى الديانة (من أعلى المفاخر والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ماتعير بضعة النسب) فلما كان النسب معتبرا فيها كانت الديانة أولى بالاعتبار . وقوله (وأبو يوسف معه هو الصحيح) أى قران قول أبى يوسف مع أبى حنيفة حتى تكون الكفاءة في الدين قولهما جميعا هو الصحيح ، واحتراز بذلك عن رواية أخرى عن أبى يوسف أنه لم يعتبر الكفاءة في الدين حيث قال إذا كان الفاسق ذا مروءة يكون كفا ، وقال في شرح الجامع الصغير أراد به أعوان السلطان إذا كانوا بحيث يكون لهم مهابة عند الناس

(قوله وقوله وأبو يوسف معه هو الصحيح) أقول : لفظة وأبو يوسف معه ليست من قول المصنف ، فقوله وقوله وأبو يوسف معه فيه ما فيه (قوله هو الصحيح) واحتراز بذلك عن رواية أخرى الخ) أقول : قال ابن المدام : هو احتراز عما روى عن أبى حنيفة أنه مع محمد ، ورجحه السرخسى وقال : الصحيح من مذهب أبى حنيفة أن الكفاءة من حيث الصلاح غير معتبرة إله .

وقال محمد: لا تعتبر لأنه من أمور الآخرة فلا تبني عليه أحكام الدنيا إلا إذا كان يصنع ويسخر منه أو يخرج إلى الأسواق سكران ويلعب به الصبيان لأنه مستخف به . قال (و) تعتبر (في المال وهو أن يكون مالكا للمهر والنفقة) وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية ، حتى أن من لا يملكهما أو لا يملك أحدهما لا يكون كفاً لأن المهر بدل البضع فلا بد من إيفائه وبالنفقة قوام الازدواج ودوامه . والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لأن ما وراءه مؤجل عرفاً . وعن أبي يوسف أنه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر لأنه تجرى المساهلة في المهر وبعد المرء قادراً عليه بيسار أبيه .

(قوله وقال محمد : لا تعتبر إلا إذا كان يسخر منه ويخرج سكران لأنه من أحكام الآخرة فلا تبني عليه أحكام الدنيا) وفي كون هذا قاعدة ممهدة نظر إذ لم يظهر وجه الملازمة . والحق أنه قد ، وقد ، والمعتبر في كل موضع مقتضى الدليل فيه من البناء على أحكام الآخرة وعدمه ، على أننا لم نبن إلا على أمر دنيوي وهو ما ذكره من أن المرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعف نسبه : يعنى بعيرها أشكائها إن كانت من بنات الصالحين . وفي المحيط : الفتوى على قول محمد ، وهو موافق لاختيار السرخسي الرواية الموافقة لقول محمد عن أبي حنيفة . ولو تزوجها وهو كفء في الديانة ثم صار داعراً لا يفسخ النكاح لأن اعتبار الكفاءة وقت النكاح (قوله وهو) أى اعتبار الكفاءة في المال هو (أن يكون مالكا للمهر والنفقة) وتقييده بظاهر الرواية احتراز عما سنده في الكفاءة في الغنى بما نسبه إلى قول أبي حنيفة ومحمد فإن ذلك ليس هو ظاهر الرواية كما سنده . وبين أن المراد من المهر ملك ما تعارفوا تعجيله وإن كان كله حالا . وفي المجتبى : قلت في عرف أهل خوارزم كله مؤجل فلا تعتبر القدرة عليه ، ولم يبين المراد بملك النفقة . واختلف فيه : قيل المعتبر ملك نفقة شهر ، وقيل نفقة ستة أشهر ، وفي جامع شمس الأئمة سنة ، وفي المجتبى : الصحيح أنه إذا كان قادراً على النفقة عن طريق الكسب كان كفاً ، ومعناه منقول عن أبي يوسف قال : إذا كان قادراً على إيفاء ما يعجل لها بالبدل ويكتسب ما ينفق لها يوماً بيوم كان كفاً لها . وفي غريب الرواية للسيد أبي شجاع جعل الأصح ملك نفقة شهر : وفي النخبة : إن كان يجد نفقتها ولا يجد نفقة نفسه فهو كفء وإلا لا يكون كفاً وإن كانت فقيرة اهـ . وفيه نظر ، ثم هذا إذا كانت تطيق النكاح ، فإن كانت صغيرة لا تطيقه فهو كفء وإن لم يقدر على النفقة لأنه لا نفقة لها (قوله وبعد المرء قادراً بيسار أبيه) وأمه وجدّه

(وقال محمد لا تعتبر) الكفاءة في الديانة (لأنه من أمور الآخرة ، فلا تبني عليه أحكام الدنيا إلا إذا كان يصنع) أى يضرب على قفاه بعرض الكف (ويسخر منه أو يخرج إلى الأسواق سكران فيلعب به الصبيان) فإنه لا يكون حينئذ كفاً لامرأة صالحة من أهل البيوتات قيل وعليه الفتوى (لأنه مستخف به) أى بذلك الصفع (وتعتبر الكفاءة في المال وهو أن يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية) عن علمائنا (حتى إن من لا يملكهما أو لا يملك أحدهما لا يكون كفاً) أما المهر فلا بد من إيفائه ، وأما النفقة فلا بد من قوام الازدواج ودوامه بها (والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لأن ما وراءه مؤجل عرفاً) ليس بمطالب به فلا يسقط الكفاءة . وقوله (وعن أبي يوسف) هو غير ظاهر الرواية . روى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف أنه قال : الكف هو الذى يقدر على المهر والنفقة . قلت : فإن كان يملك المهر دون النفقة ، قال : ليس بكفء . قلت : فإن كان يملك النفقة دون المهر ، قال : يكون كفاً . قال الصدر الشهيد في تعليقه : لأن المهر يجري فيه التسهيل والتأجيل وبعد قادراً على المهر بيسار أبيه وأمه وجدّه وجدته ، ولا يعد قادراً على النفقة بيسار الأب . (قال المنصف فلا تبني عليه أحكام الدنيا) أقول : قال ابن الهمام في التفرغ : تأمل على أننا لم نبن إلا على أمر دنيوي ، وهو ما ذكره من

فأما الكفاءة في الغنى فمعتبرة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى إن الفائقة في اليسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة لأن الناس يتفاخرون بالغنى ويتعبرون بالفقر . وقال أبو يوسف : لا يعتبر لأنه لا ثبات له إذ المال غادر ورائع (و) تعتبر (في الصنائع) وهذا عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله . وعن أبي حنيفة في ذلك روايتان . وعن أبي يوسف أنه لا تعتبر إلا أن تفحش كالحجاء والحائك والدباغ . وجه الاعتبار أن الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعبرون بدناءتها . وجه القول الآخر أن الحرفة ليست بلازمة ، ويمكن التحول عن الخسيسة إلى

وجدته ولا تعتبر القدرة على النفقة بيسار الآب (قوله فأما الكفاءة في الغنى) يعنى بعد ملكه للمهر والنفقة هل تعتبر مكافئته لإياها في غناها ، قال : معتبرة في قول أبي حنيفة ومحمد ، لكن صرح السرخسي في مبسوطه وصاحب الذخيرة بأن الأصح أن ذلك لا يعتبر لأن كثرة المال مذمومة . وفي شرح الكنز : لا يعتبر بالمساواة في الغنى هو الصحيح . وعن أبي حنيفة ومحمد في غير رواية الأصول أن من ملكهما لا يكون كفاً للنفقة في الغنى وليس بشيء ، فنص على أن ما في الهداية غير رواية الأصول ، وكذا في الدراية قال : وهذا القول منهما في غير رواية الأصول . وفي كتاب النكاح : لا تشترط القدرة إلا على المهر والنفقة ، وفي بغض الشروح أنه خلاف ظاهر الرواية ، ولهذا لم يذكره في المبسوط عن الأوائل ، قال : وبعض المتأخرين اعتبروا الكفاءة في المال بعد ما صرح عن أبي يوسف بنفيه (قوله وعن أبي حنيفة في ذلك روايتان) أظهرهما لا تعتبر في الصنائع حتى يكون البيطار كفاً للعطار وهو رواية عن محمد ، وعنه في أخرى : المولى بعضهم أكفاء لبعض إلا الحائك والحجاء ، وكذا الدباغ وهو الرواية التي ذكرها في الكتاب عن أبي يوسف ، وأظهر الروائين عن محمد فصار عن كل واحد منهما روايتان : الظاهر عن أبي حنيفة عدم الاعتبار ، والظاهر عن محمد كذلك إلا أن تفحش وهو الرواية عن أبي يوسف . وفيما قدمناه من حديث بقية حيث قال فيه إلا حائكاً أو حجاً ، ما يفيد اعتبارها في الصنائع ، لكن على الوجه الذي ذكره في شرح الطحاوى وهو أن الصناعات المتقاربة أكفاء كالزار والعطار ، بخلاف المتباعدة ، وعد الخياط مع الدباغ والحجاء والكناس قال : فهؤلاء بعضهم أكفاء لبعض ولا يكافئون سائر الحرف ولم يذكر خلافاً فكان ظاهراً في أن الظاهر من قول أبي حنيفة اعتبار الكفاءة ، وإليه ذهب بعض الشارحين قال : وكذا قال الشيخ أبو نصر بعد أن أثبت اعتبارها ، وعن أبي حنيفة لا تعتبر ونحوه في النافع . وإنما قلنا لكن على الوجه الذي ذكره في شرح الطحاوى لأن حقيقة الكفاءة في الصنائع لا تتحقق إلا بكونهما من صنعة واحدة . وفي المحيط وغيره : وههنا خسارة هي أحسن من الكل وهو الذي يخدم الظلمة يدعى شاكرباً تابعاً وإن كان ذا مروءة ومال . قيل هذا اختلاف عصر وزمان في زمن أبي حنيفة لاتعد الدناءة في الحرفة منقصة

لأن الآباء في العادات يتحملون المهور عن الأولاد دون النفقة الدائرة . وقوله (فأما الكفاءة في الغنى فمعتبرة) ظاهر . وقوله (وعن أبي حنيفة في ذلك روايتان) في رواية لا تعتبر وهو الظاهر حتى يكون البيطار كفاً للعطار . وفي رواية قال المولى بعضهم أكفاء لبعض إلا الحائك والحجاء (وعن أبي يوسف أنه لا تعتبر إلا أن تفحش كالحجاء والحائك والدباغ) ووجه الروائين ما ذكره في الكتاب وهو واضح .

أن المرأة تعبر بغنى الزوج فوق ما تعبر بفضة نسيه له . ونحن نقول : إن فساد التفريع لا يحتاج إلى تأمل ، بل الواقع ابتناء أمر الدنيا على أمر الآخرة . لا يرى أن قبول الشهادة من أمور الدنيا ويبقى على الديانة .

النفيسة منها ، قال (وإذا تزوجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها فلأولياء الاعتراض عليها عند أبي حنيفة حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها) وقالوا : ليس لهم ذلك . وهذا الوضع إنما يصح على قول محمد على اعتبار قوله المرجوع إليه في النكاح بغير الولي ، وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه . لهما أن مازاد على العشرة حقها ومن أسقط حقه لا يعترض عليه كما بعد التسمية . ولأبي حنيفة أن الأولياء يفتخرون بغلاء المهر ويتعبرون بنقصانه فأشبه الكفاءة ،

فلا تعتبر ، وفي زمنهما تعد فتعتبر . والحق اعتبار ذلك سواء كان هو المبنى أولا ، فإن الموجب هو استنقاص أهل العرف فيدور معه ، وعلى هذا ينبغي أن يكون الحائك كفا للطار بالأسكندرية لما هناك من حسن اعتبارها وعدم عدّها نقصا البتة ، اللهم إلا أن يقرن به خساسة غيرها (قوله وإذا تزوجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها فلأولياء الاعتراض عند أبي حنيفة حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها) فالثابت إلزام أحد الأمرين وهو فرع قيام مكنة كل منهما ؛ فعن هذا ما في فتاوى النسبى : لو لم يعلموا بذلك حتى ماتت ليس لهم أن يطالبوه بتكميل مهر المثل لأن الثابت لهم ليس إلا أن يفسخ أو يكمل ، فإذا امتنع هنا عن تكميل المهر لا يمكن الفسخ . واعلم أن المدار على التسمية حتى لو سميت مهر مثلها ولم تأخذه بل أبرأت لا اعتراض عليها . ثم قال المصنف (وهذا الوضع) أى قولنا إذا تزوجت ونقصت عن مهر مثلها فلأولياء الاعتراض ، وقال محمد مع أبي يوسف : ليس لهم ذلك . ومعناه يجب تنقية العقد فرع صحة عقد المرأة بنفسها فإنما يصح من محمد على اعتبار رجوعه إلى ذلك لما أنه تقدم : عنه أنه لا يصح مباشرتها بنفسها بل هو موقوف على إجازة الولي ، قال : وهذه شهادة صادقة على رجوعه .

قال (وإذا تزوجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها) إذا تزوجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها (فلأولياء الاعتراض عليها عند أبي حنيفة حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها وقالوا ليس لهم ذلك) قال المصنف (وهذا الوضع) أى وضع القدورى هذه المسئلة على هذا الوجه (إنما يصح على قول محمد على اعتبار قوله المرجوع إليه في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك ، وهذه شهادة صادقة عليه) فإنه لو لم يصح نكاحها بغير الولي لم يقل ليس لهم الاعتراض ، وأقول : هذا إنما يستقيم أن لوتعين هذا الوضع في النكاح بغير ولي ، وليس كذلك فإنه لو أذن لها الولي بالنكاح ولم يسم مهرا فعقدت على هذا الوجه صح وضع المسئلة على قول محمد الأول ، وكذلك لو أكره السلطان امرأة وولياها على تزويجها بمهر قليل ففعل ثم زال الإكراه ورضيت المرأة دون الولي فليس له ذلك في قول محمد الأول فلم يكن في هذا الوضع دلالة على رجوع محمد إلى قولهما ، والوجه من الجائنين على ما ذكره في الكتاب واضح وقوله (فأشبه الكفاءة) يعنى في تعبير الأولياء بكل واحد منهما . واعترض بأن الشرع قد ندبنا إلى رخص الصداق دون ترك الكفاءة ، وكذلك النبي صلى الله عليه وسلم لم يضع بناته في غير الأكفاء وزوجهن بأدنى الصداق ، فإنه ما زاد على أربع أواق ونش : أى نصف أوقية ، ومهورهن كانت فوق مهور سائر النساء لأن الزيادة بقدر الشرف ، ولم يزل الشرف كان بقزيش فلا مشابة بينهما . والجواب بأن وجه الشبه ما ذكرناه من تعبير الأولياء ، وهو وصف مؤثر في الباب ، وأما أن لا يكون بين المشبه والمشبّه به فرق بوجه من الوجوه فلم يشترطه أحد من

(قوله وزوجهن بأدنى الصداق الخ) أقول : ولك أن تقول : إن يتبدل الأزمان والأوقات تتغير الرسوم والعادات ، فلعل ذلك المقدار من المال كان بعد مهر المثل في تلك الأحوال فقامل ؛ ثم كون بناته صلى الله عليه وسلم حين زوجهن ضغائر غير ثابت (قوله وهو وصف مؤثر في الباب الخ) أقول : إنما يظهر تأثيره لو لم يكن خلافه منصوبا عليه وإلا يكون تعليلا في مقابلة النص فكان يجب التعرض له في الجواب .

بخلاف الإبراء بعد التسمية لأنه لا يتغير به (وإذا زوّج الأب بنته الصغيرة ونقص من مهرها أو ابنه الصغير وزاد في مهر امرأته جاز ذلك عليهما ، ولا يجوز ذلك لغير الأب والجد ، وهذا عند أبي حنيفة ، وقالوا : لا يجوز الحط والزيادة إلا بما يتغابن الناس فيه) ومعنى هذا الكلام أنه لا يجوز العقد عندهما لأن الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته يبطل العقد ، وهذا لأن الحط عن مهر المثل ليس من النظر في شيء كما في البيع ،

وأورد عليه أنه إنما يتم لو تعين هذا الوضع في النكاح بغير ولي وليس كذلك ، فإنه لو أذن لها الولي بالتزويج ولم يسم مهرها فعقدت على هذا الوجه صح وضع المسئلة على قول محمد ، وكذا لو أكره السلطان امرأة ووليها على تزويجها بمهر قليل ففعل ذلك ثم زال الإكراه ورضيت المرأة ولم يرض الولي ليس له ذلك في قول محمد الأول فلم يكن هذا الوضع دلالة على رجوع محمد إلى قولهما اهـ . ولا شك أن قولنا إذا تزوّجت ونقصت لا ينقص عند محمد عام في الصور على ما هو حال أساء الشرط ، فباعتبار عمومته يكون شهادة صادقة وعليه مثنى المصنف ، وباعتبار حمله على بعض الصور وهو في نفسه أعم منها لا يكون شهادة وعليه مثنى المعارض والأصل خلافه إلا أن يوجب الحمل على بعض الصور موجب وتام الاعتراض موقوف عليه . فتوجيه الاعتراض أن يقال يجب حمله على كذا للصور المذكورة فلا يكون فيه شهادة على ذلك وإنما يجب هذا الحمل لأن المذكور هنا وهو المذكور في الجامع الصغير ، ورجوعه مروي أنه قبل موته بسبعة أيام وهو الذي يشير إليه قول المصنف وقد صح ذلك ، ومعلوم أن تصنيفه للجامع قبل ذلك فالحق أنه رجع ولا شهادة في هذه (قوله وإذا زوّج الأب ابنته الصغيرة ونقص من مهرها أو ابنه الصغير وزاد في مهر امرأته جاز ذلك عليهما) ولزم عند أبي حنيفة سواء كان بغبن فاحش أو قليل وثبت المال كله في ذمة الصغيرة في الثانية لا في ذمة الأب سواء كان الأب موسرا أو معسرا فيقضيه من مال الصغير (وقالوا : لا يجوز الزيادة والنقص إلا بما يتغابن فيه الناس) وعلى هذا الخلاف تزويج الأب ابنته من غير كفء ، ويجب أن يكون معنى هذا عدم الكفاءة في غير الديانة . أما فيها فلا ، لما قالوا : لو كان الأب معروفا بسوء الاختيار مجانة وفسقا كان العقد باطلا على قول أبي حنيفة على الصحيح : ومن زوّج بنته الصغيرة القابلة للتخلق بالخير والشر ممن يعلم أنه شرير فاسق ظهر سوء اختياره ، ولأن ترك النظر هنا مقطوع به فلا يعارضه ظهور إرادة مصلحة تفوق ذلك نظرا إلى شفقة الأبوة . وما في النوازل زوّج ابنته الصغيرة ممن ينكر أنه يشرب المسكر فإذا هو مدمن له وقالت لا أرضى بالنكاح : يعني بعد ما كبرت إن لم يكن يعرفه الأب بشربه وكان غلبة أهل بيته صالحين فالنكاح باطل لأنه إنما زوّج على ظن أنه كفء يفيد خلافه إذ يقتضي أنه لو عرفه الأب أنه يشربه فالنكاح نافذ ، وهو يناق مقرر من أن الأب إذا عرف بسوء الاختيار لا ينفذ تزويجه من غير الكفء . والجواب

ذوى التحصيل . وقوله (بخلاف الإبراء بعد التسمية) جواب قولهما كما بعد التسمية ، وذلك لأن الأولياء لا يشتغلون باستيفاء المهور عادة وربما يعدونه ضربا من اللوم في العادات . وقوله (وإذا زوّج الأب ابنته الصغيرة) ظاهر . وقوله (ومعنى هذا الكلام أنه لا يجوز العقد) بيانه أن هذا الكلام وهو قوله . وقالوا لا يجوز عندهما الحط والزيادة إلا بما يتغابن الناس فيه بظاهره يدل على أن العقد صحيح والزيادة والنقصان لا يجوز لأن المانع من قبل التسمية وفسادها لا يمنع صحة النكاح ، كما لو تركها أصلا أو زوّجها على خمر أو خنزير وهو قول بعض مشايخنا . وقال آخرون : معناه أن نفس النكاح لا يجوز ، وهو يختار شمس الأئمة السرخسي وفخر الإسلام والمصنف (لأن الولاية مقيدة بشرط النظر) ولا نظر فيما إذا حط عن مهرها أو زاد عن مهره فيكون العقد باطلا ، كما إذا باع

ولهذا لا يملك ذلك غيرها . ولأبي حنيفة أن الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب القرابة ، وفي النكاح مقاصد ثربو على المهر . أما المالية فهي المقصود في التصرف المالي والدليل عدمناه في حق غيرها (ومن زوج ابنته وهي صغيرة عبداً أو زوج ابنه وهو صغير أمة فهو جائز) قال رضي الله عنه (وهذا عند أبي حنيفة أيضا) لأن الإعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلا يجوز .

أنه لا تلازم بين ثبوت سوء الاختيار وتيقنه وبين كونه معروفاً به فلا يلزم بطلانه عند تحقق سوء الاختيار مع أنه لم يتحقق للناس كون الأب العاقد معروفاً بمثله (قوله ومعنى هذا الكلام أنه لا يجوز العقد عندهما) أي قولهما لا يجوز هل معناه نفي صحة العقد أو نفي صحة التسمية والعقد صحيح فيزاد إلى مهر المثل ، قيل بالأول وقيل بالثاني ، واختار المصنف الأول لأن الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته ظاهراً بإيجاب المال عوض نفسها ناقصاً أو إبطاله بدون عوض لا تثبت الولاية فلا يصح العقد كالمأمور بالعقد بشرط لا يصح عقده إذا لم يجر على شرطه ولذا لا يملك البيع والشراء بغبن فاحش في مالهما ، فيوجب المال عوض نفسها ناقصاً أولى بعدم النفاذ ، وإذا كان بحيث لو زوج أمها بغبن فاحش لا يجوز فتزويجها كذلك أولى بعدم الجواز ، ولأبي حنيفة أن النظر وعدمه في هذا العقد ليسا من جهة كثرة المال وقتله بل باعتبار أمر باطن ، فالضرر كل الضرر بسوء العشرة وإدخال كل منهما المكروه على الآخر ، والنظر كل النظر في ضده في هذا العقد ، وأمر المال سهل غير مقصود فيه بل المقصود فيه ما قلنا ، فإذا كان باطناً يعتبر دليلاً فيعلق الحكم عليه ، ودليل النظر قائم هنا وهو قرب القرابة الداعية إلى وفور الشفقة مع كمال الرأي ظاهراً ، بخلاف غير الأب والجد من العصبات والأم لقصور الشفقة في العصبات ونقصان الرأي في الأم ، وهذا معنى قوله والدليل عدمناه في حق غيرها فلا يصح عقدهم لذلك ، وعلى هذا انبنى الفرع المعروف : لو زوج العم الصغيرة حرة الجد من معتق الجد فكبرت وأجازت لا يصح لأنه لم يكن عقداً موقوفاً

الأب بأقل من القيمة بغبن فاحش أو اشترى بأكثر منها بذلك (ولهذا لا يملك ذلك غيرها ، ولأبي حنيفة أن الحكم يدار على دليل النظر) تقريره : النظر والضرر في هذا العقد باطنان ، لكن للنظر دليل يدل عليه (وهو قرب القرابة) الداعية إليه وهي موجودة ههنا فيترتب الحكم وهو جواز النكاح عليه ، وإنما قلنا بأن النظر والضرر في هذا العقد باطنان لأن المقصود منه ليس حصول المال البتة بل فيه مقاصد تربو على المهر من الكالات المطلوبة في الإختان والعرائس فيجوز أن يكون نظر الأب في الخط والزيادة إلى ذلك ويجوز أن لا يكون ، فكان النظر والضرر باطنين فأدير الحكم على الدليل ، بخلاف البيع فإن المالية هي المقصودة في التصرفات المالية فلم يكن في مقابلتها شيء يجبر به خلل الغبن الفاحش حتى يقع التردد بين النظر والضرر ، وأما في غير الأب فالدليل الدال على النظر معلوم . قوله (ومن زوج ابنته) نظير تلك المسئلة في التزويج بضرر ظاهر ، وكلامه ظاهر .

(قال المصنف : وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلا يجوز) أقول : إن قيل هذا يخالف لما سبق في أول الفصل من أن الكفاءة من جانبها غير معتبرة . قلنا : فرق ما بين كفاءة وكفاءة ، فلعلها يعتبر أن الكفاءة بالحرية من جانبها دون غيرها لأن رقية الزوجة تستتبع رقية أولادها ، ألا يرى أن أبا حنيفة فرق بين الكفاءة في الديانة وبينها في غيرها على ما ذكره ابن الهمام في شرحه : هذا ولك أن تقول : ما سبق في أول الفصل هو مذهب أبي حنيفة ، ومذهبها أنها معتبرة من جانبها أيضا ، وسينقل الشارح عن الكاشاني في آخر الفصل الثاني ذلك ، وفيه تأمل ، والله أعلم .

(فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها)

(ويجوز لابن العم أن يزوجه بنت عمه من نفسه) وقال زفر : لا يجوز (وإن أذنت المرأة للرجل أن يزوجه من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز) وقال زفر والشافعي : لا يجوز .

إذا لم يجز له فإن العم ونحوه لا يصبح منهم التزويج بغير الكف ، وكذا لو كان الأب معروفا بسوء الاختيار أو المحانة والفسق كان العقد باطلا على قول أبي حنيفة على ما ذكرناه هو الصحيح . أما المال فهو المقصود في التصرف المال لا في أمر آخر باطن ليحال النظر عليه عند ظهور التقصير في المال ، فلذا لا يجوز تزويجه أمهما بغبن فاحش لأنه إضاعة مالهما لأن المهر ملكهما ولا مقصود آخر باطن يصرف النظر إليه فلا يعول عليه ، ويدل على ذلك تزويج النبي صلى الله عليه وسلم فاطمة من علي بأربعمائة درهم ، ولا شك في أنه دون مهر مثلها لأنها أشرف النساء فيلزم أن الامهر أكثر منه بل إلا وهو أقل منه أو أنها دون مهر مثلها والأول منتف قلزم الثاني ، وهذا موقوف على ثبوت أن تزويجه صلى الله عليه وسلم إياها كان قبل بلوغها وإلا لا يفيد . وقد يقال : إذا كان المدار عنده دليل النظر وهو القرابة الخاصة : أعني قرابة الأب والجد فلا يعتبر كونه معروفا بسوء الاختيار لأن المظنة يجوز التعليل بها مع العلم بانتفاء حكمها وهذا كذلك . والجواب أن المظنة ما يغلب معها الحكمة إن لم تلزم فال معروف بذلك حيثئذ ليس مظنة . والحاصل إما تخصيص العلة أو القوم بأن العلة مجموع قرابة الأب غير المعروف بسوء الاختيار على الاختلاف في جواز تخصيص العلة وعدمه . ومثله تزويج الأب بنته من غير كفء عبدا أو غيره قدمناها ، والوجه من الجانبين واحد ، والله أعلم .

(فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها)

من أحكام الولي والفضولي ويبقى الرسول نذكره بعد إن شاء الله تعالى . ولما كانت الوكالة نوعا من الولاية إذ ينفذ تصرفه على الموكل غير أنها تستفاد من الولي على نفسه أو غيره كانت ثانية للولاية الأصلية فأوردتها ثانية في التعليم لباب الأولياء ، ثم ذكر غيرها من الفضولي لتأخره عنهما لأن النفاذ بالإجازة إنما ينسب إلى الولي المحيز فنزل عقد الفضولي كالشرط له حيث لم يستعقب بنفسه حكمه كما هو الأصل في السبب ، غير أن ابتداء بالولي إن نظر فيه إلى أنه أقوى ناسب الابتداء به ، وإن نظر إلى أن عقد الفصل للوكيل أولا وبالذات كان المناسب الابتداء بمسئلة الوكيل (قوله ويجوز لابن العم أن يزوجه بنت عمه من نفسه) الصغيرة بغير إذنهما وبالبلغة بإذنهما ، فيقول اشهدوا أني تزوجت بنت عمي فلانة بنت فلان بن فلان أو زوجتها من نفسي (وقال زفر : لا يجوز . وإذا أذنت المرأة لرجل أن يزوجه من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز ، وقال زفر والشافعي : لا يجوز)

(فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها)

لما كانت الوكالة نوعا من الولاية من حيث أن تصرف الوكيل ينفذ على الموكل كتصرف الولي على المولى عليه ناسب أن يذكرها في باب الأولياء في فصل على حدة . وقوله (وغيرها) أي غير الوكالة كنكاح الفضولي . قوله (ويجوز لابن العم) صورته وتحرير المذاهب فيه ظاهر ، وقد جمع بين دليل زفر والشافعي لاشتراكهما في معنى

(فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها)

لهما أن الواحد لا يتصور أن يكون مملكا ومتملكا كما في البيع ؛ إلا أن الشافعي يقول في الولي ضرورة لأنه لا يتولاه سواه ، ولا ضرورة في حق الوكيل .

وصورتها أن يقول اشهدوا أن فلانة بنت فلان بن فلان وكلتني أن أزوجه من نفسي ؛ وقد فعلت ذلك ، فلم ينسبها إلى الجدة ولم يعرفها الشهود في التفريق وسعه فيما بينه وبين الله تعالى أن يطأها . وفي النوازل قال : لا يجوز النكاح لأن الغائب إنما يعرف بالتسمية ، ألا يرى أنه لو قال تزوجت امرأة وكلتني لا يجوز ، وعلى هذا الخلاف كل وكيل لامرأة بتزويج نفسها . وذكر الخصاص : رجل خطب امرأة فأجابته وكرهت أن يعلم أولياؤها فجعلت أمرها في تزويجها إلى الخاطب واتفقا على المهر ففكر الزوج تسميتها عند الشهود قال : يقول إني خطبت امرأة بصداق كذا ورضيت به وجعلت أمرها إلي بأن أتزوجها فأشهدكم أني تزوجت المرأة التي أمرها إلي على صدق كذا فيتعقد النكاح . قال شمس الأئمة الحلواني : الخصاص كبير في العلم وهو ممن يقتدى به . وقال في التجنيس : وذكر في المتن أن مثل هذا التعريف يكفي ، ومثل هذا الخلاف فيما لو كانت حاضرة متنبهة ولا يعرفها الشهود ؛ فعن الحسن وبشر بن جوز ، وقيل لا يجوز ما لم ترفع نقابها ويراه الشهود ، والأول أقيس فيما يظهر بعد سماع الشطرين منهما لأن الشرط ليس شهادة تعتبر للإداء ليشترط العلم على التحقيق بذات المرأة على ما تقدم ، ثم رأيت في التجنيس أنه هو المختار لأن الحاضر يعرف بالإشارة والاحتياط كشف نقابها وتسميتها ونسبتها ، وهذا كله إذا لم يعرفها الشهود ، أما إذا كانوا يعرفونها وهي غائبة فذكر الزوج اسمها لا غير جاز النكاح إذا عرف الشهود أنه أراد المرأة التي يعرفونها لأن المقصود من التسمية التعريف وقد حصل اه . ويقولنا قال مالك وأحمد وسفيان الثوري وأبو ثور والظاهرية . وقوله من نفسه احتراز عما لو وكلته أن يزوجه مطلقا فإنه لو تزوجه من نفسه لا يجوز ، وكذا لو وكلت أجنبيا أو وكل امرأة بأن تزوجه فزوجته من نفسها لا يصبح أيضا (لزفر والشافعي أن الواحد لا يتصور) على البناء للفاعل (أن يكون مملكا ومتملكا كما في البيع) لا يجوز كونه وكلا من الجانبين لتضاد حكمي التملك والملك ، ويوافقه الأثر ، وهو ما روى عنه صلى الله عليه وسلم « كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح : خاطب ، وولي ، وشاهدا عدل » (إلا أن الشافعي يقول) على أحد الوجهين (في الولي ضرورة إذ لا يتولاه غيره) فلو منع من تولي شطريه امتنع أصلا لأنه لو أمر غيره بتزويجها منه كان قائما مقامه وانتقلت عبارته إليه كتكلمه هو بنفسه فلا فرق في التحقيق . وهذا الاستثناء جاء على اعتقاد المصنف أن الشافعي يقول في المسئلة الأولى بالجواز كقولنا ولذا اقتصر في نقل الخلاف فيها على خلاف زفر ، لكن الواقع ثبوت خلاف الشافعي فيها أيضا لأنه لا يثبت ولاية إجبار لغير الأب والجدة ، فلا يتصور أن يجيز تزويج ابن العم بنت عمه من نفسه ، والذي يجيزه الشافعي من تولي الولي الطرفين هو تزويج الجدة بنت ابنه من ابن ابنه وليس هو في هذا ومملكا ومتملكا فلا يصلح مستثنى ، ولو جعل متقطعا لم يصح تعليله بالضرورة . فإن معنى الكلام أنه لا يصح أن يكون المباشر مملكا ومتملكا شرعا إلا في الولي ، صح ذلك ضرورة لكنه متنفذ اه . لامتسا الحاجة إلى ولاية الإجبار ، فالشافعي يجيز تزويج ابن العم بنت عمه البالغة من نفسه بإذنها ضرورة فليتأمل ، إلا أنه لا يجوز ذلك عند الشافعي أيضا إلا في وجه

وهو أن الواحد لا يكون مملكا ومتملكا لشيء واحد في زمان واحد . واستثنى الشافعي الولي لأن مذهبه فيه

(قال المصنف : إلا أن الشافعي يقول في الولي ضرورة الخ) أقول : قال ابن الهمام : هذا الاستثناء بناء على اعتقاد المصنف أن الشافعي يقول في المسئلة الأولى بالجواز كقولنا ، ولذا اقتصر في نقل الخلاف فيها على خلاف زفر ، لكن الواقع ثبوت خلاف الشافعي فيها أيضا لأنه لا يثبت ولاية إجبار لغير الأب والجدة ، فلا يتصور أن يجيز تزويج ابن العم بنت عمه من نفسه ، والذي يجيزه الشافعي من تولي الولي الطرفين هو تزويج الجدة بنت ابنه من ابن ابنه وليس هو في هذا ومملكا ومتملكا فلا يصلح مستثنى ، ولو جعل متقطعا لم يصح تعليله بالضرورة . فإن معنى الكلام أنه لا يصح أن يكون المباشر مملكا ومتملكا شرعا إلا في الولي ، صح ذلك ضرورة لكنه متنفذ اه . لامتسا الحاجة إلى ولاية الإجبار ، فالشافعي يجيز تزويج ابن العم بنت عمه البالغة من نفسه بإذنها ضرورة فليتأمل ، إلا أنه لا يجوز ذلك عند الشافعي أيضا إلا في وجه

ولنا أن الوكيل في النكاح سفير ومعبّر ، والتمانع في الحقوق دون التعبير ولا ترجع الحقوق إليه . بخلاف البيع لأنه مباشر حتى رجعت الحقوق إليه ، وإذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين فلا يحتاج إلى القبول . قال (وتزويج العبد والأمة بغير إذن مولاها موقوف فإن أجازه المولى جاز ، وإن رده بطل ، وكذلك لو زوج رجل امرأة بغير رضاها أو رجلا بغير رضاها) وهذا عندنا فإن كل عقد صدر من القضولى وله محيز انعقد موقوفا على الإجازة . وقال الشافعى : تصرفات القضولى كلها باطلة

من تولى الولي الطرفين هو تزويج الجلد بنت ابنه من ابن ابنه وليس هو في هذا مملكا ومتملكا فلا يصلح مستثنى ، ولو جعل منقطعاً لم يصح تعليله بالضرورة ، فإن معنى الكلام أنه لا يصح المباشر مملكا ومتملكا شرعا إلا في الولي صح ذلك ضرورة لكنه منتف (ولنا أن الوكيل في النكاح سفير ومعبّر) حتى لا يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل على ما ذكر ، ولا ترجع حقوق العقد إليه حتى لا يطالب بالمهر وتسليم الزوجة ، بخلاف البيع لا يصح أن يكون الواحد فيه وكيلاً من جهة البائع والمشتري فإنه فيه مباشر ترجع الحقوق إليه ويستغنى عن الإضافة . والواحد يصلح أن يكون معبراً عن اثنين والتمانع إنما هو في الحقوق لا في نفس التلطف ، فالذى يرجع إليه لا امتناع فيه ، والذى فيه الامتناع لا يرجع إليه ، وللاقتبال لكونه معبراً بعبارة الغير يكون ذلك العقد قام بأربعة الاثنين المعبر عنهما والشاهدين على ما هو في الأثر . واعلم أنه يستثنى من مسئلة الوكيل بالبيع من الجانبين الأب . فإنه لو باع مال ابنه من نفسه أو اشتراه ولو بغبن يسير صح ، ولا يخفى أن هذا على التشبيه وإلا فبيع الأب ليس بطريق الوكالة بل بالولاية والأصالة . ثم إذا تولى طرفيه قال المصنف فقوله زوجت فلانة من نفسي يتضمن الشطرين فلا يحتاج إلى القبول بعده ، وكذا ولي الصغيرين القاضى وغيره ، والوكيل من الجانبين يقول زوجت فلانة من فلان . وقال شيخ الإسلام خواهر زاده : هذا إذا ذكر لفظاً هو أصيل فيه : أما إذا ذكر لفظاً هو نائب فيه فلا يكتفى ، فإن قال تزوجت فلانة كفى ، وإن قال زوجتها من نفسي لا يكتفى لأنه نائب فيه . وعبارة الهداية وهى ما ذكرناه آنفاً صريحة فى نفي هذا الاشتراط ، وصرح بنفيه فى التجنيس أيضاً فى علامة غريب الرواية والفتاوى الصغرى قال : رجل زوج بنت أخيه من ابن أخيه فقال زوجت فلانة من فلان يكتفى ولا يحتاج إلى أن يقول قبلت ، وكذا كل من يتولى طرفى العقد إذا أتى بأحد شطرى الإيجاب يكتفى ، ولا يحتاج إلى الشطر الآخر لأن اللفظ الواحد يقع دليلاً من الجانبين (قوله فإن كل عقد) كالبيع والإجارة ونحوهما (صدر من القضولى وله محيز انعقد موقوفاً على الإجازة) فإذا أجاز من له الإجازة ثبت حكمه مستنداً إلى العقد . فسر المحيز فى النهاية بقابل

كمذهب علمائنا الثلاثة ، وبناء على الضرورة (ولنا أن الوكيل فى النكاح سفير ومعبّر) وكل من هو كذلك لا يمتنع أن يكون مملكا ومتملكا لأنه لا تمنع فى التعبير بأن يقول تزوجت بنت عمى فلانة على صداق كذا ، وإنما التمانع فى الحقوق كالتسليم والتسلم والإيفاء والاستيفاء وهى لا ترجع إليه لأنه سفير لا مباشر (بخلاف البيع لأنه مباشر حتى رجعت الحقوق إليه ، وإذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين) أى شطرى الإيجاب والقبول لأن الواحد لما قام مقام اثنين قامت عبارته الواحدة أيضاً مقام عبارتين (فلا يحتاج إلى القبول) وقوله (وتزويج العبد والأمة) ظاهر . وقوله (وله محيز) أى قابل يقبل الإيجاب سواء كان فضولياً آخر أو وكيلاً أو أصيلاً .

أبعد كما صرح به فى كتبهم (قوله بأن يقول تزوجت بنت عمى فلانة الخ) أقول : هذا ليس من التزويج بالوكالة بل بالولاية (قال المصنف : ولا ترجع الحقوق إليه الخ) أقول : قال السروجى : قوله ولا ترجع الحقوق إليه ، قلت : تعليق صحيح لو سلم من التخصى ولم يسلم ، فإن

لأن العقد وضع لحكمه ، والفضولي لا يقدر على إثبات الحكم فيلغو. ولنا أن ركن التصرف صدر من أهله مضافا إلى محله ، ولا ضرر في انعقاده

يقبل الإيجاب سواء كان فضوليا أو وكيليا أو أصيلا . وقال في فصل بيع الفضولي من النهاية : الأصل عندنا أن العقود تتوقف على الإجازة إذا كان لها مجيز حالة العقد جازت وإن لم يكن تبطل . والشراء إذا وجد نفاذا نفذ على العاقد ولا توقف . بيانه : الصبي إذا باع ماله أو اشترى أو تزوج أو زوج أمته أو كاتب عبده أو نحوه يتوقف على إجازة الولي في حالة الصغر ، فلو بلغ قبل أن يجيزه الولي فأجاز بنفسه نفذ لأنها كانت متوقفة ولا ينفذ بمجرد بلوغه ، ولو طلق الصبي امرأته أو خلعهما أو أعتق عبده على مال أو دونه أو وهب أو تصدق أو زوج عبده أو باع ماله محاباة فاحشة أو اشترى بأكثر من القيمة مالا يتغابن فيه أو غير ذلك مما لو فعله وليه لا ينفذ كانت هذه الصور باطلة غير متوقفة ، ولو أجازها بعد البلوغ لعدم المجيز وقت العقد إلا إذا كان لفظ الإجازة يصلح لابتداء العقد فيصح على وجه الإنشاء كأن يقول بعد البلوغ أو وقعت ذلك الطلاق والعناق اه . وهذا يوجب أن يفسر المجيز هنا بمن يقدر على إمضاء العقد لا بالقابل مطلقا ولا بالولي . إذ لا توقف في هذه الصور ، وإن قبل فضولي آخر أو ولي لعدم قدرة الولي على إمضاها . ولو أراد هنا بالمجيز مخاطب مطلقا كان ينبغي أن يقول وله مجيز ومن يقدر على إنفاذه ليصح جواب المسئلة : أعني قوله انعقد موقوفا لأن الصبي في الصور المذكورة فضولي ، ولو قبل عقده آخر لا يتوقف لعدم من يقدر على إنفاذه ، وعلى هذا لا يكون العقد شاملا لليمين لأنها لا تتوقف على مخاطب بل على من له قدرة إمضائه فقط ، وصورته أن يقول أجنبي لامرأة رجل إن دخلت الدار مثلا فأنت طالق ، فإنه يتوقف على إجازة الزوج ، فإن أجاز تعلق فتطلق بالدخول ، ولو دخلت قبل الإجازة لا تطلق عند الإجازة ، فإن عادت ودخلت بعدها طلقت ، كذا في الجامع . وفي المتن ، إذا دخلت قبل الإجازة فقال الزوج أجزت الطلاق على فهو جائز ، ولو قال أجزت هذه اليمين على لزمته اليمين ولا يقع الطلاق حتى تدخل بعد الإجازة . وعرف مما ذكرنا أن الصبي إذا تزوج يتوقف على إجازة وليه لأن الصبي العاقل من أهل العبارة غير أنه محتاج إلى رأى الولي ، فالصواب أن يحمل المجيز على من له قدرة الإمضاء ويندرج المخاطب في ذكر انعقد من قوله كل عقد يعقده الفضولي فإن اسم العقد لا يتم إلا بالشطرين أو ما يقوم مقامهما ، فعلى هذا قوله وما لا مجيز له ، أى ما ليس له من يقدر على الإجازة يبطل كما إذا كان تحت حرة فزوجه الفضولي أمة أو أخت امرأته أو خامسة أو زوجه معتدة أو مجنونة أو صغيرة يتيمة في دار الحرب ، أو إذا لم يكن سلطان ولا قاض لا يتوقف لعدم من يقدر على الإمضاء حالة العقد لأن دار الحرب ليس بها مسلم له ولاية حكم ليمكن تزويجه اليتيمة فكان

وقوله (لأن العقد وضع لحكمه) بناء على أن المقاصد الأصلية هو الحكم والأسباب والعلل وسائل إليه (والفضولي لا يقدر على إثبات الحكم) ولالجاز للناس تملك أموال الناس وفيه من الفساد مالا يخفى ، وإذا لم يكن قادرا كان كلامه لغوا (ولنا أن ركن التصرف) وهو قوله زوجت وتزوجت (صدر من أهله) وهو الحر العاقل البالغ (مضافا إلى محله) وهو الأنثى من بنات آدم عليه السلام وليست من المحرمات (ولا ضرر في انعقاده) لكونه

الوكيل لو زوج موكله على عبد نفسه يطالب بتسليمه اه . ويمكن أن يقال : معنى كلام المصنف لا ترجع إليه الحقوق بمجرد كونه حاقدا وجعل عبد نفسه مهرا زائدا على العقد فتأمل .

فينعقد موقوفا . حتى إذا رأى المصلحة فيه ينفذه . وقد يترأخى حكم العقد عن العقد (ومن قال اشهدوا أنى قد تزوجت فلانة فبلغها فأجازت فهو باطل ، وإن قال آخر اشهدوا أنى قد تزوجتها منه فبلغها الخبر فأجازت جاز . وكذلك إن كانت المرأة هي التي قالت جميع ذلك)

كالمكان الذي في دار الإسلام ليس له حاكم ولا سلطان فإنه أيضا يتعذر ترويع الصغائر فيه اللاتي لا عواصب لهن فوق باطلا ، حتى لو زال المانع بموت امرأته السابقة وانقضاء عدة المعتدة فأجاز لا ينفذ ، أما إذا كان فيجب أن يتوقف لوجود من يقدر على الإمضاء . ولا يلزم على هذا المكاتب إذا تكفل بمال ثم أعتق حيث تصح هذه الكفالة حتى يؤخذ فيها بعد الحرية وإن لم يكن لها مجيز حال وقوعها ، وكذا إذا وكل المكاتب بعقده ثم أجاز هذه الوكالة بعد العتق نُفذت الوكالة ، وكذا لو أوصى بعين من ماله ثم عتق فأجاز الوصية يصح لأن كفالته التزام المال في الذمة وذمته قابلة للالتزام . لكن لا يظهر للحال لحق المولى . فإذا زال المانع بالإعتاق ظهر موجب . أما التوكيل والوصية فالإجازة فيهما إنشاء لأشياء يعقدان بلفظ الإجازة والإنشاء لا يستدعي عقدا سابقا . ولذا لو قال لآخر أجزت أن تطلق امرأتى أو أن تعتق عبيدى أو أن تكون وكيلى أو أن يكون مالى وصية كان توكيلا ووصية ، بخلاف غيرهما من التصرفات . لو قال أجزت عتق عبيدى أو أن تكون فلانة زوجتى أو أن يكون مالى لفلان لا يتم ذلك . ثم شرع يستدل على توقف عقد الفضولى فقال إن ركن العقد وهو الإيجاب والقبول صدر من أهله وهو العاقل البالغ مضافا إلى محله وهو غير المحرمات والحال أنه لا ضرر في انعقاده على التوقف . إنما الضرر في إبرامه بدون اختيار من له الإجازة فوجب أن ينعقد موقوفا على الإجازة حتى إذا رأى من له الإجازة المصلحة فيه ينفذه وإلا يتركه ، فما فيه الضرر لم يثبت بهذا العقد ، وما فيه مصلحة وهو توقفه على الإجازة عند ظهور وجه وجود المصلحة ١ له هو الثابت ، فكان تصرف الفضولى هذا من باب الإعانة على تحصيل غرض المسلم من تحصيل الكفء والمهر وجبر السلعة فوجب اعتباره على الوجه الذى قلناه لأنه داخل في عموم فعل الخيرات (وقد يترأخى حكم العقد عن العقد) كما في البيع بشرط الخيار للبائع يترأخى ملك المشتري إلى اختيار البائع البيع فعدم ترتيبه في الحال على عقد الفضولى لا يوجب بطلانه . والأولى أن يقال عقد يرجى نفعه واستعقابه حكمه ولا ضرر في انعقاده موقوفا فوجب انعقاده كذلك حتى إذا رأى الخ . فقله لا يقدر على إثبات حكمه فيأغو ممنوع الملازمة بل إذا أيس من مصلحته . وإنما قلنا هذا لأن قوله صدر من أهله مما يمنع . ويقول الشافعى إن أريد أهل العقد في الجملة فسلم ولا يفيد ، وإن أريد هذا العقد الذى هو فيه فضولى فممنوع بل أهله من له ولاية إثبات حكمه (قوله ومن قال اشهدوا أنى قد تزوجت فلانة) يعنى الغائبة من غير إذن سابق منها له (فبلغها فأجازت فهو باطل وإن قال آخر اشهدوا أنى قد تزوجتها منه فقبل آخر فبلغها فأجازت جاز) وإن لم يقبل أحد لم يجز (وكذلك إن كانت المرأة هي التي قالت جميع ذلك) يعنى يكون العقد باطلا إذا قالت اشهدوا أنى قد تزوجت فلانا : يعنى الغائب من

غير لازم موقوفا على الإجازة (فينعقد موقوفا ، فإن رأى فيه مصلحة نفذه) وإلا أبطله . وقوله (وقد يترأخى حكم العقد) جواب عن قوله لأن العقد وضع لحكمة وتقريره القول بالموجب : يعنى سلمنا ذلك لكن الحكم ههنا لم ينعدم بل تأخر إلى الإجازة ، والحكم قد يترأخى عن العقد كما في البيع بشرط الخيار ، فإن لزومه متأخر إلى سقوط الخيار . وقوله (ومن قال اشهدوا أنى قد تزوجت فلانة) ظاهر . والفرق بين المسئلتين أن الأولى لا مجيز

(١) (وجه وجود المصلحة) كذا في الأصول ، ولعل لفظ وجود مزيد من النسخ كما هو ظاهر كتبه مصححه .

وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : إذا تزوجت نفسها غائبا فبطلت فإجازته جاز . وحاصل الخلاف أن الواحد لا يصلح فضولا من الجانبين أو فضولا من جانب وأصيلا من جانب عندهما خلافا له .

غير إذن سابق لها منه فبلغه الخبر فأجاز ، وإن قال آخر اشهدوا أني قد تزوجت منها فقبل آخر عن الغائب فبلغه فأجاز جاز ، وإن لم يقبل أحد عن الغائب لم يجوز وإن أجاز (وهذا عند أبي حنيفة ومحمد) يعني هذا التفصيل ، وقال أبو يوسف فيهما يجوز إذا أجاز الغائب وإن لم يقبل أحد . وبقيت صورة ثالثة هي أن يقول رجل تزوجت فلانة من فلان فيكون فضولا من الجانبين إن قبل منه فضولى آخر توقف اتفاقا وإلا فعلى الخلاف فتحصل ست صور : ثلاث اتفاقية وهي قول للرجل تزوجت فلانة أو المرأة تزوجت فلانا أو الفضولى تزوجت فلانة من فلان وقبل آخر فيها ، وثلاث خلافية هي هذه إذا لم يقبل أحد ، ثم قال : وحاصل الخلاف الخ : يعني أصل هذا الخلاف اختلافهم في أن الواحد لا يصلح فضولا من الجانبين أو فضولا من جانب أصيلا من جانب أو وكيلا أو وليا . وقيد بعضهم بما إذا تكلم بكلام واحد . أما إذا تكلم بكلامين فإنه يتوقف بالاتفاق ، ذكره في شرح الكافي والخواشي ، ولا وجود لهذا القيد في كلام أصحاب المذهب ، بل كلام محمد على ما في الكافي للحاكم أبي الفضل الذي جمع كلام محمد مطلق عنه ، وأصل المبسوط خال عنه . قال : ويجوز للواحد أن ينفرد بعقد النكاح عند الشهود على اثنين إذا كان وليا لهما أو وكيلا عنهما ، ولا يجوز ذلك إذا كان وليا أو وكيلا لأحدهما دون الآخر ، أو لم يكن وليا ولا وكيلا لواحد منهما ، وعبارة المبسوط أيضا كذلك ، وإنما هو من التصرفات . والظاهر أن منشأ ما نقل من المبسوط من أن أصل الخلاف في هذه الصور أن شرط العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس عندهما وهو قول أبي يوسف أولا ، وقال آخر لا يتوقف ، فأخذ منه أن الفضولى لو تكلم بكلامين بأن قال زوجت فلانة من فلان وقبلت عنه توقف بالاتفاق : يعني لأنه حينئذ عقد لا شطر ، وأن الخلاف فيما إذا تكلم بكلام واحد ، وقيد به بعضهم قول الهداية والحق الإطلاق ، وبتكلمه بكلامين لا يخرج عن كونه فضولا من الجانبين ، وقوله في الهداية في وجه قولهما وشرط العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس صريح في أن عدم توقف الشرط اتفاق لأن الإلزام لا يقع إلا بمقتضى وإلا لم يصح فيخالف ما في المبسوط ، وهو الراجح لأنه لا يعلم خلاف في أنه إذا أوجب أحد المتعاقدين في البيع أو النكاح فلم يقبل الآخر في المجلس بطل وهذا معنى الاتفاق ،

لها فلا تتوقف ، والثانية لها محيز فتوقف لما تقدم أن شرط التوقف وجود المحيز . وقوله (وهذا) أى مجموع ما ذكر (قول أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : إذا تزوجت نفسها فبلغه) يعني بغير محيز (كأجازه جاز) قوله (وحاصل ذلك) قال الإمام المحبوبي : ههنا ست مسائل ، ثلاث منها تقف على الإجازة بلا خلاف : إحداها أن الفضولى إذا قال تزوجت فلانة من فلان وقبل عنه فضولى آخر ، أو قال الرجل تزوجت فلانة وهي غائبة فأجابه فضولى وقال زوجها منك وقالت المرأة تزوجت نفسي من فلان الغائب وقبل عن فلان فضولى توقف العقد على الإجازة في هذه الفصول الثلاثة بالاتفاق ، لأنه عقد جرى بين اثنين فيكون تاما موقوفا على الإجازة . وفي ثلاث منها اختلاف : إحداها ما ذكر أولا وهو قوله ومن قال اشهدوا أني قد تزوجت فلانة ، والثانية أن تقول المرأة تزوجت نفسي من فلان وفلان غائب ولم يقبل عنه آخر . والثالثة أن يقول الفضولى تزوجت

(قوله وهذا : أى مجموع ما ذكر) أقول : أو التفصيل المذكور .

- ٣١١ -

ولو جرى العقد بين الفضولين أو بين الفضولي والأصيل جاز بالإجماع . هو يقول لو كان مأمورا من الجانبين يتخذ ، فإذا كان فضوليا يتوقف وصار كالخلع والطلاق والإعتاق على مال . ولهما أن الموجود شرط العقد لأنه شرط حالة الحضرة فكذا عند الغيبة ، وشرط العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع ، بخلاف المأمور من الجانبين لأنه ينتقل كلامه إلى العاقدين ، وما جرى بين الفضولين عقد تام . وكذا الخلع وأختاه لأنه تصرف يمين من جانبه حتى يلزم فيتم به

على أن شرط العقد لا يتوقف وإلا لجاز أن يقبل في مجلس آخر ، ويتم النكاح والبيع عند أبي يوسف وليس كذلك ، فالحق أن مبنى الخلاف في أن ما يقوم بالفضولي عقد تام أو شرطه ؛ فعندهما شرط فلا يتوقف وعنده تمام فيتوقف وعلى هذا تقرر الدليل من الجانبين (قوله هو يقول لو كان مأمورا من الجانبين نفذ اتفاقا) وهو فرع اعتبار الصادر منه عقدا تاما وهو فرع قيام كلامه مقام كلامين ، فإذا كان فضوليا من الجانبين يتوقف لأنه لا فارق إلا وجود الإذن وعدمه . وأثره ليس إلا في النفاذ فيبقى ماسوحي النفاذ من كونه عقدا تاما فيتوقف . وحاصله قياس صورة عدم الإذن على صورة الإذن في كونه عقدا تاما ويثبت بشبوته لازمه وهو التوقف بإلغاء الفارق . وقوله (وصار كالخلع) يعني من جانبه (والطلاق والإعتاق على مال) قياس على صور آخر هي ما إذا قال خلعت امرأتي أو طلقها على ألف وهي غائبة فبلغها الخبر فأجازت جاز ، وكذا أعتقت عبدي على ألف فبلغه الخبر فأجاز جاز كالأولى . ولهما أن القائم به شرط العقد وشرطه لا يتوقف ، أما الثانية فبالاتفاق ، وأما الأولى فلا لأنه شرط حالة الحضرة : أي خطاب الحاضر وقبوله ، فكذا حالة الغيبة لأنه لا فرق بحال إلا أن يتكلم بكلامين حالة الغيبة ، وذلك لا يوجب صيرورته عقدا تاما لأن كون كلامي الواحد عقدا تاما هو أثر كونه مأمورا من الطرفين أو من طرف وله ولاية الطرف الآخر ، وهذا لأن العقد عبارة عن كلام اثنين يتبادلان بدلين ، وكلام الواحد

فلانة من فلان وهما غائبان ولم يقبل أحد فعلى قولهما لا يتوقف العقد على إجازة الغائب ، وهو قول أبي يوسف أولا ، وعلى قوله آخر يتوقف (هو يقول) في الفضولي من الجانبين (لو كان مأمورا من الجانبين نفذ ، فإذا كان فضوليا توقف) لأن كلام الواحد عقد تام في النكاح باعتبار الإذن ابتداء فكذا باعتبار الإجازة انتهاء ، لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة كما في الخلع والطلاق والإعتاق على مال ، فإن الزوج إذا قال خلعت امرتي على كذا وهي غائبة فبلغها الخبر فقبلت في مجلس علمها جاز بالاتفاق ، وكذلك الطلاق والإعتاق على مال ، احتياج الكل إلى الإيجاب والقبول (ولهما أن الموجود شرط العقد لأنه شرط حالة الحضرة) حتى ملك الرجوع قبل قبول الآخر وبطل بالقيام قبل قبول الآخر ، ولو كان عقدا تاما لم يكن كذلك والجامع (فكذا عند الغيبة) لأن الدال على ذلك المعنى هو الصيغة وهي لم تختلف (وشرط العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع ، بخلاف المأمور من الجانبين لأنه ينتقل كلامه إلى العاقدين) فيصير ككلامين (وما جرى بين الفضولين عقد تام) لوجود الإيجاب والقبول فيتوقف (وكذا الخلع وأختاه) أي الطلاق على مال والإعتاق عليه (لأنه تصرف يمين من جانبه) ولهذا كان لازما لا يقبل الرجوع واليمين يتم بالخالف فكان عقدا تاما ،

(قوله والجامع احتياج الكل) أقول : فيه بحث : فإن هذا الجامع يوجد في جل العقود ولا يتوقف (قال المصنف : ولهما أن الموجود شرط العقد) أقول : يعني أن الموجود المعبر شرعا هو شرط العقد ، وهذا يشمل ما إذا تكلم الفضولي بكلام واحد أو كلامين إيجاب وقبول ، فإن قبوله غير معتبر شرعا كما في حالة الحضرة ، فكذا في الغيبة فيلحق بالعدم ، والله أعلم .

(ومن أمر رجلا أن يزوجه امرأة فزوجه اثنتين في عقدة لم تلزمه واحدة منهما) لأنه لاوجه إلى تنفيذهما للمخالفة ولا إلى التنفيذ في إحداها غير عين للجهالة ولا إلى التعيين لعدم الأولوية

ليس كلام اثنين إلا حكما لإدنهما له أو ولاية له ، ولا إذن للفضولي فلا عقد تام يقوم به ، فتضمن هذا التقرير منع كون الإذن ليس أثره إلا في النفاذ بل تأثيره في النفاذ يستلزم تأثيره في كونه عقدا تاما ، وفي كون كلامه ككلامين لتوقف النفاذ على ذلك ، ولو سلم عدم تأثيره فيهما لم يلزم كون كلام الفضولي عقدا تاما لأن كون الكلام عقدا تاما لازم شرعى مساو للنفاذ ولا إذن للفضولي فانتفى حكمه بلازمه المساوى ، بخلاف الخلع وأختيه لأنه تصرف يمين حتى لا يملك الرجوع لأنه تعليق الطلاق والعق بقبولهما المال فيتم به إذ ليس عقدا حقيقيا ، ولذا لو كانت هي المخالعة بأن قالت خالعت زوجي على ألف لم يتوقف لأنه من جانبها مبادلة . وعورض بأنه لو كان تعليقا لما بطل لو قال طلقك بكذا فقامت من المجلس قبل القبول لكنه يبطل ، وليس لها أن تقبل بعده . أجب لا يلزم من كونه تعليقا أن لا يبطل بالقيام بل من التعليقات ما يبطل به ويقتصر على وجود الشرط في المجلس كقوله أنت طالق إن شئت يقتصر على وجود المشيئة في المجلس وهذا مثله .

[فروع] للفضولي في النكاح أن يفسخه قبل الإجازة عند أبي يوسف ، حتى لو أجاز من له الإجازة بعد ذلك لا ينفذ في قول أبي يوسف الآخر قاسه على البيع وليس له ذلك عند محمد . ويفرق بأن حقوق العقد في البيع ترجع إلى الفضولي بعد الإجازة لأنه يصير كالوكيل بخلاف النكاح . هذا وثبت الإجازة بأجزت ونحوه بلا خلاف ، وكذا بقوله نعم ما صنعت وبارك الله لنا وأحسن وأصبحت على المختار ، وأحتماله الاستهزاء لا ينفى ظهوره في الإجازة ، وكذا هذا في طلاق الفضولي وبيعه ، وكذا إذا هنأه فقبل التهنة لأنه دليل الرضا ، وكذا إذا قال طلقها بخلاف قوله طلقها لبعده لأن ترمده يقتضى حمله على ما يناسبه من المتاركة وسيأتى الكلام فيه . ولو زوجه الفضولي أربعاً في عقدة وثلاثاً في عقدة فطلق واحدة من فريق كان لإجازة لنكاح ذلك الفريق لأن الطلاق الصحيح فرع النكاح الصحيح ، وكذا لو ادعت على رجل نكاحاً فأنكر ثم طلقها أو قالت لرجل طلقني يكون إقراراً بالنكاح الصحيح لأن دعواها لم يظن كونها كذباً وتمرداً ليكون ظاهراً في المتاركة . بخلاف ما لو باشره العبد بلا إذن سيده . وقوله بالفارسية مال انيست إجازة على ما اختاره أبو الليث لأنه يستعمل للإجازة ظاهراً ، ومثل ذلك في المرأة ، وقبول المهر إجازة ، وقبول الهدية ليس بإجازة لأنه لا يتوقف سلامته على النكاح بخلاف المهر (قوله ومن أمر رجلا أن يزوجه امرأة فزوجه اثنتين في عقدة لم تلزمه واحدة منهما) هذا شروع في مسائل الوكيل ، ولا تشترط

وإنما قال من جانبه لأن الخلع من جانبها معاوضة على ما سيجىء . قوله (ومن أمر رجلا أن يزوجه امرأة فزوجه اثنتين) لا يخلو إما أن يكون التوكيل بامرأة معينة أو غيرها ، والثاني مسألة الكتاب وهو على ما ذكره واضح . وكان أبو يوسف يقول أولاً لا يصح نكاح إحداها بغير عينها والبيان إلى الزوج لأن المنأمر ممتثل أمره في إحداها ؛ ولا يبعد أن تكون إحداها بغير عينها منكوحة ؛ كما لو طلق إحدى امرأته ثلاثاً بغير عينها فالبيان إلى الزوج . قال شمس الأئمة السرخسي : وهذا ضعيف لأنه ليس كالطلاق لاحتماله التعليق بالشرط دون النكاح ، وما لا يحتمل التعليق بالشرط لا يثبت في المجهول لأنه تعليق بالبيان ، بخلاف الطلاق وفي الأول وهو أن أمره أن يزوجه فلانة

(قوله وكان أبو يوسف ، إلى قوله : لأنه ليس كالطلاق الخ) أقول : الظاهر من تقرير تعليق أبي يوسف أنه قاس حال ابتداء النكاح بحال بقائه لانكاح بالطلاق ، فكان الأولى في بيان ضعفه أن يفرق بين البقاء والابتداء ، وكمن شيء يثبت ضمناً ولا يثبت استقلالاً (قوله وما لا يحتمل التعليق بالشرط لا يثبت في المجهول الخ) أقول : قال السرخسي . قلت : يرد على هذه العلة بيع عبد من عبيد ، على أن

فتعين التفريق (ومن أمره أمير بأن يزوجه امرأة فزوجته أمة لغيره جاز عند أبي حنيفة) رجوعا إلى إطلاق اللفظ وعدم التهمة (وقالوا : لا يجوز إلا أن يزوجه كفأ) لأن المطلق ينصرف إلى المتعارف

الشهادة على الوكالة بالنكاح بل على عقد الوكيل ، وإنما ينبغي أن يشهد على الوكالة إذا خيف جحد الموكل إياها . وقوله لم يلزمه واحدة منهما : يعنى إذا لم يعينها للوكيل . وكأنه اكتفى بالتنكير دلالة على ذلك ، أما إذا عينها فزوجها إياها مع أخرى في عقدة واحدة نفذ في المعينة . ولو تزوجه إياها في عقدتين لزمته الأولى وتتوقف الثانية لأنه فضولى فيه ، ولو أمره بثنيتين في عقدة فزوجته واحدة جاز . بخلاف ما لو أمره بشراء ثوبين في صفقة لا يملك التفريق لأن الجملة في البيع مظنة الرخص فاعتبر تقييده ، وليس في النكاح كذلك فلا يعتبر إلا إن قال : لا تزوجني إلا امرأتين في عقدة واحدة ، ثم أفاد وجه ما ذكر في الكتاب بقوله ولا وجه إلى تنفيذها للمخالفة ولا إلى تنفيذ إحداها غير عين للجهالة ولا إلى التعيين لعدم الأولوية فتعين التفريق وهو غير مطابق للدعوى لأنها عدم لزوم واحدة منهما لا لزوم التفريق بينه وبين كل منهما ولا يساويها إذ له أن يجيز نكاحها أو نكاح إحداها ، ولا هو لازم مما ذكره ، بل اللازم عدم إمكان تنفيذهما وتنفيذ إحداها مبهمة ومعينة فانتفى اللزوم مطلقا وهو المطلوب . وكان أبو يوسف يقول أولا : يصح نكاح إحداها بغير عينها والبيان إلى الزوج ، ثم رجع لأنه إنما ثبت في المجهول ما يحتمل التعليق بالشرط . وإذا وقع التعليق بالمخالفة لعدم النفاذ فلنذكر شيئا من فروعه ، فالوكيل إذا خالف إلى خير لو كان خلافه كلا خلاف نفذ عقده ، وليس منه ما إذا أمره بالنكاح الفاسد فزوجه صحيحا ، بل لا يجوز لعدم الوكالة بالنكاح أصلا لأن النكاح الفاسد ليس نكاحا لأنه لا يفيد حكمه وهو الملك . وأما العدة بعد الدخول فيه وثبوت النسب فليس حكما له بل للفعل إذا لم يتمحض زنا ، بخلاف البيع الفاسد فإنه بيع يفيد حكمه من الملك فكان الخلاف فيه إلى البيع الصحيح خلافا إلى خير فيلزم . وليس منه ما إذا وكله بالنكاح بألف فلم ترض المرأة حتى زادها الوكيل ثوبا من مال نفسه فإنه لا ينفذ . والنكاح موقوف على إجازة الزوج لأنه خلاف إلى ضرر لأن الثوب لو استحق وجبت قيمته على الزوج لا الوكيل لأنه متبرع ، ولا ضمان على متبرع حتى لو لم يعلم الزوج بذلك إلا بعد الدخول فهو بالخيار . ولا يكون الدخول بها رضا بما صنع الوكيل لأنه لم يعلم فإن فارقها بعد الدخول فلها الأقل من المسمى ومهر المثل لأنه كالنكاح الفاسد والدخول فيه يوجب ذلك ، بخلاف ما لو أمره بعمياء فزوجه بصيرة جاز ، ولو أمره ببغايا فزوجه سوداء أو على القلب أو من قبيلة فزوجته من أخرى أو بأمة فزوجته حرة لا يجوز ، ولو تزوجه مدبرة أو مكاتبة أو أم ولد جاز (قوله ومن أمره أمير أن يزوجه امرأة فزوجته أمة لغيره جاز عند أبي حنيفة رجوعا إلى إطلاق اللفظ وعدم التهمة : وقالوا : لا يجوز إلا أن يزوجه كفأ)

فزوجها وأخرى معها في عقد واحد جاز نكاح فلانة للأمر به وتوقف نكاح الأخرى على الإجازة لأنه فضولى فيها . وقوله (ومن أمره أمير) قيده بالأمر وحكم غيره كذلك . قال الإمام المحبوبي : وعلى هذا الخلاف إذا لم يكن أميراً فزوجه الوكيل أمة أو حرة عبياء أو مقطوعة اليدين أو رتقاء أو مفلوجة أو مجنونة ، إما اتفاقا ، وإما لما قيل قيده

المشتري بالخيار يأخذ أيها شاء على ما يأتي في أول البيع إن شاء الله تعالى اهـ . ويجوز أن يقال : جواز ما ذكرتم إنما ثبت على خلاف القياس بالاستحسان لكونه في معنى ماورد به الشرع وهو متلف هنا (قال المصنف : فتعين التفريق) أقول : يعنى بينه وبين كل منهما . قال ابن الهمام : وهذا غير مطابق للدعوى لأنها عدم لزوم واحدة منهما لا لزوم التفريق ولا يساويها ، إذ له أن يجيز نكاحها أو نكاح إحداها ، ولا هو لازم مما ذكره بل اللازم عدم إمكان تنفيذها وتنفيذ إحداها مبهمة ومعينة فانتفى اللزوم مطلقا وهو المطلوب اهـ . ويمكن أن يقال : مراد المصنف فتعين التفريق إذا لم يجز تزويجهما ، ورده بقريته سياق كلامه فليتأمل (قوله وإما لما قيل الخ) أقول : وإما يعلم جواز النكاح فيمن

وهو التزوج بالكفاءة . قلنا العرف مشترك أو هو عرف عملي فلا يصلح مقيدا . وذكر في الوكالة أن اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لأن كل أحد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوج فكانت الاستعانة في التزوج بالكفاءة ، والله أعلم .

والتقيد بالأمير مطلقا وإن كان أمير المؤمنين ليعلم ذلك فيمن دونه بطريق أولى . فحاصل المسئلة إذا أمره غيره بتزويجه فزوجه امرأة لا تكافته ولا تهمة ، ولو زوجه أمة لغيره أو عياء أو مقطوعة لليدين أو رتقاء أو مفلوجة أو مجنونة جاز عنده خلافا لهما ، ولو زوجه صغيرة لا يجمع مثلها جاز اتفاقا ، وقيل هو قوله خلافا لهما . ولو زوج وكيل المرأة غير كفاء ، قيل هو على الخلاف ، وقيل الصحيح أنه لا يجوز اتفاقا . والفرق لأي حنيفة رحمه الله أن المرأة تعبر بغير الكفاءة فيتقيد بإطلاقها به ، بخلاف الرجل فإنه لا يعبره أحد بعدم كفاءتها له لأنه مستفرش واطمأن لا يغيظه ذنابة الفراش ، أما لو كانت أمة للوكيل فلا يجوز للتهمة ، ولهذا لو وكل امرأة فزوجه نفسها أو وكلت رجلا فزوجهها من نفسه لا يجوز ، وكذا إذا زوج وكيل الرجل بنته ولده أو بنت أخيه وهو وليها لا يجوز للتهمة . ولما أن المطلق يتقيد بالعرف وهو التزويج بالكفاءة (قلنا العرف مشترك) أي الواقع من أهل العرف وتزويجهم بالمكافئات وغير المكافئات فليس يختصا بتزويج المكافئات لينصرف الإطلاق إليه (أو هو عرف عملي فلا يصلح مقيدا) للفظ إذ اللفظ المقيد عبارة عن لفظ ضم إليه لفظ يقيد به ، ولا يخفى ما في هذا الوجه . وقولهم في الأصول الحقيقة ترك بدلالة العادة ينفيه ، إذ ليست العادة إلا عرفا عمليا ، فالأولى الأول . قال السيدي جاني : قولهما أحسن للفتوى واختاره الفقيه أبو الليث ، وقد يكون في سكوت الشيخ عقيب قوله (وذكر في الوكالة أن اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لأن كل أحد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوجة فكانت الاستعانة في التزوج بالمكافئة)

بذلك لتظهر الكفاءة فإنها من جانب النساء للرجال مستحسنة في الوكالة عندهما ، وقيد بقوله أمة لغيره لأنه لو زوجه أمة نفسه لا يجوز بالاتفاق لمكان التهمة ، وأشار إليه في الدليل بقوله وعدم التهمة . وأما إطلاق اللفظ فإن لفظ امرأة مطلق يقع على الحرة والأمة ، كما إذا جلف لا يتزوج امرأة يقع على الحرة والأمة جميعا . وقوله (وهو التزوج بالكفاءة) قال الكشاني : دلت المسئلة على أن الكفاءة تعتبر في النساء للرجال أيضا عندهما ، وكذا ذكره في الأصل (قلنا العرف مشترك) يعني كما هو مستعمل فيما قلتم مستعمل فيما قلنا ، فإن الأشراف كما يتزوجون الحرائر يتزوجون الإماء للتسهيل (أو هو عرف عملي) أي عرف من حيث العمل والاستعمال لا من حيث اللفظ . وبيانه أن العرف على نوعين : لفظي نحو الدابة تقيد لفظا بالفرس ونحو المال بين العرب بالإبل . وعلى أي عرف من حيث العمل : أي من حيث أن عمل الناس كذا كلبسهم الجديديوم العيد وأمثلة (فلا يصلح مقيدا) لإطلاق اللفظ لأن إطلاق اللفظ تصرف لفظي والتقيد يقابله ، ومن شرط التقابل اتحاد المحل الذي يزدان عليه . وقوله (وذكر) يعني محمدا (في وكالة الأصل) إشارة إلى ما ذكرنا من استحسان الكفاءة عندهما في الوكالة لما ذكره في الكتاب وهو واضح .

دونه بطريق أولى (قوله قال الكشاني دلت المسئلة الخ) أقول : إن أراد دلت على اعتبارها في الوكالة عندهما فلم بالتظلم دليلها ، وإن أراد مطلقا فمتنوع (قال المصنف : قلنا العرف مشترك أو هو عرف عملي فلا يصلح مقيدا) أقول : فيه بحث (قوله فلا يصلح مقيدا لإطلاق اللفظ) إلى قوله : والتقيد يقابله ، ومن شرط التقابل اتحاد المحل الخ) أقول : فيه بحث . فإن التقيد أيضا هو اللفظ غاية أن يافت للتقيد شيء غيره ، ولا يخفى بذلك اتحاد المحل كما لا يخفى على من يفهم ، ثم كيف يصح أن يقال : إن العرف العمل لا يصلح مقيدا ، وقد اتفقوا على أن المتباينين إذا أطلقا اتفقا ينصرف إلى غالب نقد البلد بدلالة العرف على ما سيحضر .

إشارة إلى اختياره قولهما لأن الاستحسان مقدم على غيره إلا في المسائل المعلومة . والحق أن قول أبي حنيفة ليس قياسا لأنه أخذ بنفس اللفظ المتصوص فكان النظر في أي الاستحسانين أولى . وفي وجه الاستحسان المذكور دفع لقول من قال من المشايخ إن هذه المسئلة دلت على أن الكفاءة معتبرة عندهما في النساء للرجال ؛ إذا ظهر أن قولهما ليس بناء عليه بل على أن الظاهر أن الاستعانة لا تقصد إلا لتحصيل المناسب لا فيما صدق عليه مطلق الاسم . لأن كل أحد يقدر على ذلك . . هذا والوكيل بتزويج امرأة بعينها يملكه بالغبن اليسير إجماعا ، والفاحش عنده خلافا لهما . والفرق له بينه وبين الشراء حيث لا يجوز شراء الوكيل بالغبن الفاحش اتفاقا أن التهمة في حق الوكيل بالنكاح منتفية بسبب عدم استغنائه عن إضافة العقد إلى موكله فيجوز منه بالغبن الكثير ، بخلاف الشراء فإنه يستغنى فيه عنه فتمكنت تهمة أنه اشترى لنفسه فوجده خاسرا فجعله لموكله . ومعنى لا يجوز هنا لا ينفذ النكاح إلا أن يجيزه ، وكذا إن سمي للوكيل ألفا مثلا فزوجه بأكثر ، فإن دخل بها ولم يكن يعلم قبله ثم علم فهو على خياره لأن هذا الدخول ليس رضا لأنه على اعتبار أن الوكيل لم يخالف إذ لم يعلم بخلافه . بخلاف ما لو علم فدخل بها . فإن فارقها فلها الأقل من المسمى ومهر المثل ، فإن كان الوكيل أو الرسول ضمن المهر وأخبرهم أنه أمره بذلك ثم رد الزوج النكاح للزيادة في المهر لزم الوكيل أو الرسول نصف المهر . وليس له أن يلزمه النكاح ويغرم هو الزيادة لأنه لما لم يمثل صار فضوليا ، ولو كانت هي الموكلة وسمت ألفا مثلا فزوجه الوكيل ثم قال الزوج ولو بعد الدخول تزوجتك بدينار وصدقه الوكيل إن أقر الزوج أن المرأة لم توكله بدينار فهي بالخيار ، إن شأنت أجازت النكاح بدينار وإن شأنت ردت ، ولها مهر مثلها بالغنا ما بلغ ، ولا نفقة عدة لها لأنها لما ردت تبين أن الدخول حصل في نكاح موقوف فيوجب مهر المثل دون نفقة العدة ، وإن كذبها الزوج فالقول قولها مع يمينها . فإن ردت فبأنى الجواب بحاله . قال المصنف رحمه الله في التجنيس : يجب أن يحتاط في مثل هذا الأمر لأنه ربما يقع مثل هذا وقد حصل لها منه أولاد ثم تنكر المرأة قدر ما زوجها به الوكيل ويكون القول قولها فتد النكاح ، وكذا هذا في سائر الأولياء إذا كانت المرأة بالغة ، وهذا ما ذكر في الرسول من مسائل أصل المبسوط قال : إذا أرسل إلى المرأة رسولا حرا أو عبدا صغيرا أو كبيرا فهو سواء إذا بلغ الرسالة فقال إن فلانا يسألك أن تزوجه نفسك فأشهدت أنها زوجته نفسها وسمع الشهود كلامها وكلام الرسول فإن ذلك جائز إذا أقر الزوج بالرسالة أو قامت عليه بيعة ، فإن لم يكن أحدهما فلا نكاح بينهما لأن الرسالة لما لم تثبت كان الآخر فضوليا ولم يرص الزوج بصنعه . ولا يخفى أن مثل هذا بعينه في الوكيل . ثم ذكر في الرسول فروعا كلها تجرى في الوكيل لا بأس بذكرها لفوائدها . قال : فإن كان الرسول زوجها وضمن لها المهر وقال قد أمرني بذلك فالنكاح لازم للزوج إن أقر بذلك أو ببينة : والضمان لازم للرسول إن كان من أهل الضمان ، فإن جحد ولا بيعة بالأمر فلا نكاح وللرسول نصف المهر لأنه مقرر بأنه أمره بذلك وأن النكاح جائز وأن الضمان قد لزمه ، وإقراره على نفسه صحيح قال : وذكر في كتاب الوكالة قال محمد رحمه الله : على الوكيل المهر كله لأن جحد الزوج ليس بفرقة ، وهذا يبين لك أن لافرق في هذه الأحكام بين الرسول والوكيل ، ثم قال في المبسوط : فقل إن ما ذكر هنا قول أبي حنيفة وأبي يوسف الأول ، وهناك قول محمد وأبي يوسف الآخر بناء على أن قضاء القاضي ينفذ ظاهرا وباطنا عنده ، فنفذ بالفرقة قبل الدخول

(باب المهر)

(ويصح النكاح وإن لم يسم فيه مهرا) لأن النكاح عقد انضمام وازدواج لغة فيتم بالزوجين ، ثم المهر واجب شرعا لإبانة لشرف المحل فلا يحتاج إلى ذكره لصحة النكاح ،

وسقط نصف المهر ، وعلى قول محمد رحمه الله : لا ينفذ باطنا فيبقى جميع المهر على الزوج فيجب على الكفيل لإقراره به ، وقيل بل فيه روايتان : وجه تلك الرواية أن الزوج مبكر لأصل النكاح ، وإنكاره للنكاح ليس طلاقا فلا يسقط به شيء بزعم الكفيل ووجه . هذه أنه أنكر وجوبه عليه وهو يملك إسقاط نصفه عن نفسه بسبب يكسبه فيجعل مسقطا فيما يمكنه . قال : فإن كان الرسول قال لم يأمرني ولكني أزوجه وأضمن عنه المهر ففعل ثم أجاز الزوج ذلك جاز ولزم الزوج الضمان لأن الإجازة كالإذن في الابتداء ، وإن لم يميز لم يكن على الرسول شيء لأن أصل السبب قد انتفى برده ، وبراءة الأصل توجب براءة الكفيل ، والله أعلم .

(باب المهر)

المهر حكم العقد فيتعقبه في الوجود فعقبه إياه في البيان ليحاذى بتحقيقه الوجودي بتحقيقه التعليمي (قوله ويصح النكاح وإن لم يسم فيه مهرا) لاختلاف في ذلك (لأن النكاح عقد انضمام) يعني ليس مأخوذا في مفهومه المال جزءا فيتم بدونه ، إلا أن قوله عقد لا يستلزمه إلا إذا لم يثبت في مفهومه زيادة شروط وهو منتف إذ قد ثبت زيادة عدم المحرمية ونحوه فلا بد من زيادة شرعا على الدعوى ، ويرد حينئذ أن المهر أيضا واجب شرعا فيه فأجاب بأنه وجب شرعا حكما له حيث أفاده بقوله (فلا يحتاج إلى ذكره) إذا لم يسم إبانة لشرف المحل . أما أنه وجب شرعا فلقوله تعالى - وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم - فقيد الإحلال به ، وأما اعتباره حكما لقوله تعالى - لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوهن فريضة - فإن رفع الجناح عن الطلاق قبل الفرض فرع صحة النكاح قبله فكان واجبا ليس متقدما وهو الحكم ، وأما أنه إبانة لشرفه فلعلقية ذلك إذ لم يشرع

(باب المهر)

لما ذكر ركن النكاح وشرطه شرع في بيان المهر لأنه حكمه ، فإن مهر المثل يجب بالعقد فكان حكما له ، والمهر هو المال يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة منافع البضع ، إما بالتسمية أو بالعقد . وله أسام : المهر ، والصدوق ، والنحلة ، والأجر ، والفريضة ، والعقر . لا خلاف لأحد في صحة النكاح بلا تسمية المهر ، قال الله عز وجل - فأنكحوا - والنكاح لغة لا يبنى إلا عن الانضمام والازدواج فيتم بالمتناكحين ، فلو شرطنا التسمية فيه زدنا على النص . فإن قيل : المهر واجب شرعا فكيف يصح النكاح مع السكوت عنه ؟ أجاب بقوله (ثم المهر واجب شرعا) يعني أن وجوبه ليس لصحة النكاح ، وإنما هو لإبانة لشرف المحل (فلا يحتاج إلى ذكره لصحة النكاح) فإن قيل : هذا دعوى فلا بد لها من دليل . قلت : دل عليه قوله تعالى - لا جناح عليكم إن طلقتم

(باب المهر)

(قوله فإن ظهر المثل يجب بالعقد الخ) أقول : لأدري لم خص مهر المثل بالذكر ، والحال أن وجوب المهر مطلقا مسمى كان أو مهر المثل من أحكام النكاح فكان الأولى هو الإجراء على العموم (قوله فإن قيل هذا دعوى فلا بد لها من دليل) أقول : أقيم الدليل عليها بأنه يلزم الزيادة على النص ، إلا أن يكون المراد من دليل أقوى منه وفيه ما فيه

وكذا إذا تزوجها بشرط أن لا مهر لها لما بينا . وفيه خلاف مالك (وأقل المهر عشرة دراهم) وقال الشافعي : ما يجوز أن يكون ثمنا في البيع لأنه حقها فيكون التقدير إليها . ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « ولا مهر أقل من عشرة »

بدلا كالثمن والأجرة وإلا لوجب تقديم تسميته فعلمنا أن البذل النفقة وهذا لإظهار خطره فلا يستهان به ، وإذن فقد تأكد شرعا بإظهار شرفه مرة باشتراط الشهادة ومرة بإلزام المهر فتحصل أن المهر حكم العقد فلا يشترط لصحة العقد التنصيص على حكمه . كالمالك لا يشترط لصحة البيع ذكره ثم يثبت هو كذلك فيثبت مهر المثل عند عدم تسمية مهر لها (قوله وكذا إذا تزوجها بشرط أن لا مهر لها) أى فيصح النكاح (وفيه خلاف مالك) وجه قوله أن النكاح عقد معاوضة كالبيع والمهر كالثمن والبيع بشرط أن لا ثمن لا يصح . فكذا النكاح بشرط أن لا مهر ، وكان مقتضى هذا أن يفسد بترك التسمية أيضا . إلا أنا تركناه بالنص السابق ثم بحديث ابن مسعود في المفوضة وسند كره . قلنا : حديث ابن مسعود على أن المهر اعتبر حكما شرعا ، وإلا لما تم بدون التنصيص عليه إذ لا وجود لشيء بلا ركنه وشرطه . فحيث كان واجبا ولم يتوقف عليه الوجود كان حكما . وإذا ثبت كونه حكما كان شرط عدمه شرطا فاسدا . وبه لا يفسد النكاح . بخلاف البيع لأن الثمن ركنه فلا يتم دون ركنه . وبهذا ظهر أن ركن البيع بعث بكذا لا مجرد قوله بعث . هذا ويصح الرهن بمهر المثل لأنه كالمسمى في كونه ديناً . فإن هلك وبه وفاء كانت مستوفية . فإن طلقها قبل الدخول لزمها أن ترد ما زاد على قدر المتعة . ولو كان الرهن قائما وقت الطلاق قبل الدخول فليس لها أن تحبسه بالمتعة في قول أبي يوسف الآخر . وفي قوله الأول وهو الاستحسان وهو قول محمد لها حبسه بها لأنها خلفه . والرهن بالشيء نجس بخلفه كالرهن بالعين المغصوبة تكون محبوسة بالقيمة . وجه الآخر أنها دين آخر لأنها ثياب وهي غير الدراهم . والدليل عليه أن الكفيل بمهر المثل لا يكون كفيلة بالمتعة . ويتفرع على القولين ما إذا هلك بعد طلب الزوج الرهن بعد الطلاق فمنعه حتى هلك هل تضمن تمام قيمته ؟ ففي قوله الأول لاضمان عليها لأنها حبسته بحق ، وفي الآخر تضمن تمامه لأنها غاصبه ، ولو هلك قبل منعها لاضمان عليها ، ولكنها في قوله الأول تصير مستوفية للمتعة . وفي قوله الآخر لها أن تطالب بها (قوله وأقل المهر عشرة دراهم) فضة وإن لم تكن مسكوكة بل تبرأ ، وإنما يشترط المسكوكة في نصاب السرقة للقطع تقليلا لوجود الحد ، وهذا عندنا وعند مالك ربع دينار ، وعند النخعي أربعون درهما . وقال الشافعي وأحمد : ما يجوز ثمنا لأنه حقها إذ جعل بدل بضعها ولذا تتصرف فيه إبراء واستيفاء (فيكون التقدير إليها) ويدل على عدم تعيين

النساء ما لم تمسهن أو تفرضوا لهن فريضة - حكم بصحة الطلاق مع عدم التسمية ، ولا يكون الطلاق إلا في النكاح الصحيح ، فلم أن ترك ذكره لا يمنع صحة النكاح (وكذا إذا تزوجها بشرط أن لا مهر لها لما بينا) أن النكاح عقد انضمام فيتم بالزوجين . وقوله (وفيه) أى فيما إذا تزوجها بشرط أن لا مهر لها (خلاف مالك) يعنى أنه لا يجوز ، قال : لأنه عقد معاوضة ملك متعة بملك مهر فيفسد بشرط نفي عوضه كالبيع بشرط أن لا ثمن ويحتاج إلى الفرق بين ترك التسمية وشرط أن لا يكون مهر ، والقياس على البيع يقتضى شمول العدم ، وفرق بينهما بحديث ابن مسعود في المتعة كما سيجىء . قلنا : دلالة حديث ابن مسعود على جواز أن ينبنى المهر كدلالة على جواز ترك ذكره لأن ما يكون عوضا يشترط ذكره في العقد لا يختلف الحال بين ترك ذكره ونفيه كالبيع (وأقل المهر عشرة دراهم) . وقال الشافعي : ما يجوز أن يكون ثمنا في البيع لأنه حقها) شرعه الله تعالى لها صيانة لبضعها عن الابتذال مجانا (فيكون التقدير إليها . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « لا مهر أقل من عشرة ») إما ذكره بالاول لكونه معطوفا على ما قبله في الحديث وهو

✶ العشرة حديث عبد الرحمن بن عوف حيث قال فيه : كم سقت إليها ؟ قال : وزن نواة من ذهب ، فقال : بارك الله لك ، أولم ولو بشاة » رواه الجماعة . والنواة خمسة دراهم عند الأكثر ، وقيل ثلاث وثلاث ، وقيل النواة فيه نواة التمر . وعن جابر رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من أعطى في صداق امرأة ملء كفيه سويقاً أو تمرًا فقد استحل » رواه أبو داود ، ولأن قوله تعالى - أن تبتغوا بأموالكم محصنين - يوجب وجود المال مطلقاً ، فالتعيين الخاص زيادة عليه بخبر الواحد وأنتم تمنعونه . ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من حديث جابر رضى الله عنه « ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء ، ولا يزوجن إلا من الأكفاء ، ولا مهر أقل من عشرة دراهم » رواه الدارقطني والبيهقي ، وتقدم الكلام عليه في الكفاءة فوجب الجمع فيحمل كل ما أفاد ظاهره كونه أقل من عشرة دراهم على أنه المعجل ، وذلك لأن العادة عندهم كانت تعجيل بعض المهر قبل الدخول حتى ذهب بغض العلماء إلا أنه لا يدخل بها حتى يقدم شيئاً لها . نقل عن ابن عباس وابن عمر والزهرى وقتادة تمسكاً بمنعه صلى الله عليه وسلم علياً فيما رواه ابن عباس « أن علياً لما تزوج بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم أراد أن يدخل بها ، فتعه صلى الله عليه وسلم حتى يعطيها شيئاً ، فقال : يا رسول الله ليس لى شيء ، فقال : أعطها درعك ، فأعطها درعه ثم دخل بها » لفظ أبي داود ، ورواه النسائي . ومعلوم أن الصداق كان أربع مائة درهم وهي فضة ، لكن المختار الجواز قبله لما روت عائشة قالت « أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أدخل امرأة على زوجها قبل أن يعطيها شيئاً » رواه أبو داود ، فيحمل المنع المذكور على الندب : أى تدب تقديم شيء لإدخالها للمسرة عليها

ما روى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء ، ولا يزوجن إلا من الأكفاء ولا مهر أقل من عشرة دراهم » . وفي حديث ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا قطع فى أقل من عشرة دراهم ، ولا مهر أقل من عشرة دراهم » وفيه بحث من أوجه : الأول أنه خبر واحد فلا يجوز تقييد إطلاق قوله تعالى - أن تبتغوا بأموالكم - به لأنه نسخ . الثانى أنه معارض بما روى أن عبد الرحمن بن عوف جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم وبه أثر صفة فأخبره أنه تزوج ، فقال عليه الصلاة والسلام « كم سقت إليها فقال : زنة نواة من ذهب ، فقال عليه الصلاة والسلام : أولم ولو بشاة » رواه الجماعة . والنواة خمسة دراهم عند الأكثر ، وقيل ثلاثة دراهم وثلاث ، وبما روى « أن امرأة قامت وقالت : وهبت نفسى منك يا رسول الله ، فقال عليه الصلاة والسلام : لا حاجة لنا اليوم بالنساء ، فقال رجل : لى حاجة ، زوجنيها يا رسول الله ، فقال عليه الصلاة والسلام : هل عندك شيء تصدقها ؟ فقال : ما عندى إلا إزجى ، فقال عليه الصلاة والسلام : لا فالتمس شيئاً ولو خاتماً من حديد : فالتمس فلم يجد شيئاً ، فقال عليه الصلاة والسلام : هل معك شيء من القرآن ؟ قال : نعم سورة كذا وكذا ، قال عليه الصلاة والسلام : زوجتكها بما معك من القرآن » . الثالث أن هذا الحديث متروك العمل فى حق الأولياء فيكون فى حق المهر كذلك لأنه إن كان صحيحاً وجب العمل به على الإطلاق وإن لم يكن صحيحاً وجب ترك العمل به كذلك . وأما العمل ببعض دون بعض فتحكم محض . والجواب عن الأول أن التقييد ثبت بإشارة قوله تعالى - قد علمنا ما فرضنا عليهم - أزواجهم - لأن الفرض بمعنى التقدير ، وكان المراد بأموالكم

(قوله لأن الفرض بمعنى التقدير) أقول : فيه بحث

ولأنه حق الشرع وجوبا لإظهار الشرف المحل

تألفا لقلبا ، وإذا كان ذلك معهودا وجب حمل ما يخالف ما روينا عليه جمعا بين الأحاديث ، وكذا يحمل أمره صلى الله عليه وسلم بالتماس خاتم من حديد على أنه تقديم شيء تألفا ، ولما عجز قال قم فعلمها عشرين آية وهي امرأتك . رواه أبو داود ، وهو يحمل رواية الصحيح « زوّجتها بما معك من القرآن » فإنه لا ينافيه وبه تجتمع الروايات . قيل لا تعارض ليجتاز إلى الجمع ، فإن حديث جابر فيه مبشر بن عبيد والحجاج بن أرطاة وهما ضعيفان عند المحدثين ، قلنا : له شاهد يعضده وهو ما عن علي رضي الله عنه قال : « لا تقطع اليد في أقل من عشرة دراهم ، ولا يكون المهر أقل من عشرة دراهم » . رواه الدارقطني والبيهقي . وقال محمد : بلغنا ذلك عن علي وعبد الله ابن عمر وعامر وإبراهيم ، ورواه بإسناده إلى جابر في شرح الطحاوي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهذا من المقدرات ، فلا يدرك إلا بما عا . لكن فيه رواه الأودى عن الشعبي عن علي ، وداود هذا ضعفه ابن حبان . والحق أن وجود ما ينفي بحسب الظاهر تقدير المهر بعشرة في السنة كثير منها حديث « التمس ولو خاتما من حديد » وحديث جابر « من أعطى في صداق امرأة ملء كفيه سويقا » الحديث ، وحديث الترمذي وابن ماجه « أنه صلى الله عليه وسلم أجاز نكاح امرأة على نعلين » صححه الترمذي ، وحديث الدارقطني والطبراني عنه صلى الله عليه وسلم « أدوا العلائق ، قيل وما العلائق ؟ قال : ما تراضى عليه الأهلون ولو قضيا من أراك » . وحديث الدارقطني عن الخدرى عنه صلى الله عليه وسلم قال « لا يضر أحدكم بقليل ماله تزوج أم بكثيره بعد أن يشهد » إلا أنها كلها مضعفة ما سوى حديث « التمس » فحديث « من أعطى » فيه إسحاق بن جبريل قال في الميزان : لا يعرف وضعفه الأودى ومسلم بن رومان مجهول أيضا . وحديث النعلين وإن صححه الترمذي فليس بصحيح لأنه فيه عاصم ابن عبيد الله ، قال ابن الجوزي : قال ابن معين : ضعيف لا يحتج به ، وقال ابن حبان : فاحش الخطأ فترك ، وحديث العلائق معلول بمحمد بن عبد الرحمن بن البيهقي قال ابن القطان : قال البخاري : منكر الحديث . ورواه أبو داود في المراسيل وفيه محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى فيه ضعف . وحديث الخدرى فيه أبو هارون العبدى قال ابن الجوزي : قال حماد بن زيد : كان كذابا . وقال السخدي مثله مع احتمال كون تينك النعلين تساويان

في قوله تعالى - أن تبتغوا بأموالكم - مالا مقدر ، وبين في الحديث مقداره وهذا لأن كل مال أوجبه الشرع تولى بيان مقداره كالزكوات والكفارات وغيرها فكذلك المهر . وعن الثاني بأن الأحاديث تدل على ما يجعل بالسوق إليها ، أما في حديث عبد الرحمن فلا أنه مصرح به ، وأما في الحديث الآخر فلا أنه أمر ذلك الرجل بالتماس ، وذلك غير مقدر عندنا وليس كلامنا فيه ، وإنما كلامنا في الذي ثبت في النعمة . وعن الثالث بما ذكرنا أن عائشة عملت بخلافه ، ولو لم تعرف نسخه ما فعلت ذلك فقام دليل النسخ في الأولياء دون غيرها ، ولا يلزم من ترك العمل بالذي قام عليه دليل النسخ تركه بما لم يقم ولا التحكم . وقوله (ولأنه حق الشرع) أي المهر حق الشرع

(قوله وعن الثالث إلى قوله : ولو لم تعرف نسخه ما فعلت ذلك الخ) أقول : في الملازمة كلام ، فإنه كثيرا ما يقع العمل من الصحابة ، بخلاف الحديث ، إما لعدم وصول الحديث إليه ، وإما لضعفه ، وإما لوجود معارض أقوى منه ، أو يتركان فيعمل بالقياس لكنه بالحقيقة كلام على السند الأخص .

(١) الأودى بالواو قبل المهملة في نسخة ، وفي أخرى : الأزدى بالزاي بدل الواو ، فحرر كتبه مصححه .

فَيُتَقَدَّرُ بِمَا لَهُ خَطَرٌ وَهُوَ الْعَشْرَةُ اسْتِدْلَالًا بِنَصَابِ السَّرْقَةِ (وَلَوْ سُمِّيَ أَقْلٌ مِنْ عَشْرَةٍ فَلَهَا الْعَشْرَةُ) عِنْدَنَا . وَقَالَ زُفَرٌ :
لَهَا مَهْرُ الْمَثَلِ لِأَن تَسْمِيَةَ

عَشْرَةُ دِرَاهِمٍ ، وَكَوْنِ الْعَلَاثِقِ يَرَادُ بِهَا النِّفْقَةُ وَالْكَسْوَةُ وَنَحْوُهَا إِلَّا أَنَّهُ أَعَمُّ مِنْ ذَلِكَ ، وَاحْتِمَالُ « التَّمَسُّ نَحَاتِمَا » فِي الْمَعْجَلِ
وَأَن قِيلَ إِنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ لَكِن يَجِبُ الْمَصِيرُ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ قَالَ فِيهِ بَعْدَهُ « زَوَّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ » فَإِنْ حُمِلَ عَلَى
تَعْلِيمِهِ إِيَّاهَا مَامَعَهُ أَوْ نَبَى الْمَهْرَ بِالْكَلِيَّةِ عَارِضَ كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى بَعْدَ عَدِّ الْحَرَمَاتِ - وَأَحْلَ لَكُمْ
مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ - فَقَدْ ، الْإِحْلَالُ بِالْإِغْتَاءِ بِالمَالِ ، فَوْجِبَ كَوْنُ الْخَبْرِ غَيْرَ مُخَالَفٍ لَهُ وَإِلَّا
لَمْ يَقْبَلِ الْمَالُ يَبْلُغُ رتبة التَّوَاتُرِ وَهِيَ قِطْعِيَّةٌ فِي دَلَالَتِهَا لِأَنَّهُ نَسَخَ لِلْقِطْعِيِّ فَيَسْتَدْعِي أَن يَكُونَ قِطْعِيًّا ، فَأَمَّا إِذَا كَانَ خَبْرٌ
وَاحِدًا فَلَا ، فَكَيْفَ وَاحْتِمَالُ كَوْنِهِ غَيْرَ تَمَامِ الْمَهْرِ ثَابِتٍ بِنَاءً عَلَى مَا عَاهَدَ مِنْ أَن لَزُومَ تَقْدِيمِ شَيْءٍ أَوْ نَدْبِهِ كَانَ وَاقِعًا
فَوْجِبَ الْحَمْلُ عَلَى ذَلِكَ ، لَكِن يَبْقَى كَوْنُ الْحَمْلِ عَلَى ذَلِكَ إِعْمَالًا لَخَبْرٍ وَاحِدٍ لَمْ يَصِحَّ عِنْدَ الْمُحَدِّثِينَ فَيَسْتَلْزَمُ الزِّيَادَةُ
عَلَى النَّصِّ بِهِ لِأَنَّهُ يَقْتَضِي تَقْيِيدَ الْإِحْلَالِ بِمَطْلُقِ الْمَالِ ، فَالْقَوْلُ بِأَنَّهُ لَا يَحِلُّ إِلَّا بِمَالٍ مُقَدَّرُ زِيَادَةٍ عَلَيْهِ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ
وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ . فَإِنْ قِيلَ : قَدْ اقْتَرَنَ النَّصُّ نَفْسَهُ بِمَا يَقِيدُ تَقْدِيرَهُ بِمَعْنَى وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى عَقِيبَهُ - قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ
فِي أَرْزَاجِهِمْ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ - ثُمَّ ذَلِكَ الْمَعْنَى مَحْمُولٌ فَيَلْتَحِقُ بَيَانًا بِخَبَرِ الْوَاحِدِ . قُلْنَا : إِنَّمَا أَفَادَ النَّصُّ مَعْلُومَةَ
الْمَفْرُوضِ لَهُ سَبْحَانَهُ وَالْإِتِّفَاقِ عَلَى أَنَّهُ فِي الزَّوْجَاتِ وَالْمَمْلُوكِينَ مَا يَكْفِي كَلَامًا مِنَ النِّفْقَةِ وَالْكَسْوَةِ وَالسَّكْنَى فَهُوَ
مَرَادُ مِنَ الْآيَةِ قِطْعًا . وَكَوْنُ الْمَهْرِ أَيْضًا مَرَادًا بِالسِّيَاقِ لِأَنَّهُ عَقِيبُ قَوْلِهِ - خَالِصَةٌ لَكَ - يَعْنِي نَبَى الْمَهْرِ خَالِصَةٌ لَكَ
وغيرِكَ - قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ - مِنْ ذَلِكَ فَخَالَفَ حُكْمَهُمْ حُكْمَكَ لَا يَسْتَلْزَمُ تَقْدِيرَهُ بِمَعْنَى وَتَقْرِيرُ الْمُصَنِّفِ فِي تَقْدِيرِ
الْمَهْرِ قِيَاسُ حَاصِلِهِ أَنَّ الْمَهْرَ حَقُّ الشَّرْعِ بِالْآيَةِ ، وَسَبِيهِ إِظْهَارُ الْخَطَرِ لِلْبُضْعِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ ، وَمَطْلُقُ الْمَالِ لَا يَسْتَلْزَمُ
الْخَطَرُ كَحِجَّةِ حَنْظَلَةٍ وَكَسْرَةٍ ، وَقَدْ عَاهَدَ فِي الشَّرْعِ تَقْدِيرَ مَا يَسْتَبَاحُ بِهِ الْعَضْوُ بِمَا لَهُ خَطَرٌ وَذَلِكَ عَشْرَةُ دِرَاهِمٍ فِي حَدِّ
السَّرْقَةِ فَيَقْدَرُ بِهِ فِي اسْتِبَاحَةِ الْبُضْعِ ، وَهَذَا مِنْ رَدِّ الْمُخْتَلَفِ فِيهِ إِلَى الْمُخْتَلَفِ فِيهِ ، فَإِنْ حُكِمَ الْأَصْلُ مَمْنُوعٌ فَلَهُمْ
لَا يَقْبَلُونَ نَصَابَ السَّرْقَةِ بِعَشْرَةٍ . وَأَيْضًا الْمَقْدَرُ فِي الْأَصْلِ عَشْرَةُ مَسْكُوكَةٍ أَوْ مَا يَسَاوِيهَا ، وَلَا يَشْتَرُطُ فِي الْمَهْرِ
ذَلِكَ ، فَلَوْ سُمِّيَ عَشْرَةُ تَبَرَّ سَاوَى تِسْعَةٍ مَسْكُوكَةٍ جَازَ ، اللَّهُمَّ إِلَّا أَن يَجْعَلَ اسْتِدْلَالًا عَلَى أَنَّهُ مُقَدَّرٌ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ
فِي نَفْيِهِ (قَوْلُهُ وَلَوْ سُمِّيَ أَقْلٌ مِنْ عَشْرَةٍ فَلَهَا الْعَشْرَةُ) عِنْدَنَا . وَقَالَ زُفَرٌ : لَهَا مَهْرُ الْمَثَلِ (قِيَاسًا عَلَى عَدَمِ التَّسْمِيَةِ هَكَذَا
تَسْمِيَةِ الْأَقْلِ تَسْمِيَةَ لَا يَصْلُحُ مَهْرًا ، وَتَسْمِيَةَ مَا لَا يَصْلُحُ مَهْرًا كَعَدَمِهَا ، فَتَسْمِيَةُ الْأَقْلِ كَعَدَمِ التَّسْمِيَةِ ، وَعَدَمُ
التَّسْمِيَةِ فِيهِ مَهْرُ الْمَثَلِ ، فَتَسْمِيَةُ الْأَقْلِ فِيهِ مَهْرُ الْمَثَلِ . وَقَوْلُنَا اسْتِحْسَانٌ ، وَلَهُ وَجْهَانِ : أَحَدُهُمَا أَنَّ الْعَشْرَةَ فِي
كَوْنِهَا صِدَاقًا لَا تَنْتَهِزُ أَشْرَعًا ، وَتَسْمِيَةُ بَعْضِ مَا لَا يَنْتَهِزُ أَكْثَرًا ، فَهُوَ كَمَا لَوْ تَزَوَّجَ نِصْفُهَا أَوْ طَلَّقَ نِصْفُ تَطْلِيقَةٍ
حَيْثُ يَتَعَدَّدُ وَيَقَعُ طَلَقَةٌ . فَكَذَا تَسْمِيَةُ بَعْضِ الْعَشْرَةِ . وَالثَّانِي وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ حَاصِلُهُ أَنَّ فِي الْمَهْرِ حَقَيْنِ :

مِنْ حَيْثُ وَجُوبُهُ عَمَلًا بِقَوْلِهِ تَعَالَى - قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَرْزَاجِهِمْ - عَلَى مَا عَرَفَ فِي الْأَصُولِ ، وَكَانَ ذَلِكَ
لِإِظْهَارِ شَرَفِ الْحُلِّ (فَيُتَقَدَّرُ بِمَالِهِ خَطَرٌ وَهُوَ الْعَشْرَةُ اسْتِدْلَالًا بِنَصَابِ السَّرْقَةِ) لِأَنَّهُ يَتَلَفُّ بِهِ عَضْوٌ مُحْتَرَمٌ فَلِأَنَّ
يَتَلَفُّ بِهِ مَنَافِعُ بُضْعٍ كَانَ أَوَّلَى (وَلَوْ سُمِّيَ أَقْلٌ مِنْ عَشْرَةٍ فَلَهَا الْعَشْرَةُ) عِنْدَنَا . وَقَالَ زُفَرٌ : لَهَا مَهْرُ الْمَثَلِ لِأَن تَسْمِيَةَ

(قَوْلُهُ لِأَنَّهُ يَتَلَفُّ بِهِ عَضْوٌ مُحْتَرَمٌ ، فَلِأَنَّ يَتَلَفُّ بِهِ مَنَافِعُ بُضْعٍ كَانَ أَوَّلَى) أَقُولُ : أَنْتَ خَيْرٌ بِأَنَّ هَذَا التَّعْلِيلَ عَلَى تَقْدِيرِهِ لَا يَكُونُ إِلَّا زَامًا إِلَّا عَلَى
النَّخْيِ الْقَائِلِ بِأَنَّ أَقْلَ الْمَهْرِ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا ، وَلَيْسَ الْكَلَامُ مَعَهُ بَلَّ مَعَ الشَّافِعِيِّ .

مالاً يصلح مهراً كانعدامه. ولنا أن فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقبضاً بالعشرة ، فأما ما يرجع إلى حقها فقد رضى بالعشرة لرضاها بما دونها ، ولا معتبر بعدم التسمية لأنها قد ترضى بالتملك من غير عوض تكملاً ، ولا ترضى فيه بالعوض اليسير . ولو طلقها قبل الدخول بها تجب خمسة عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله ، وعندنا تجب المتعة كما إذا لم يسم شيئاً (ومن سمي مهراً عشرة فما زاد

حقها وهو ما زاد على العشرة إلى مهر مثلها ، وحق الشرع وهو العشرة ، والإنسان التصرف في حق نفسه بالإسقاط دون حق غيره . فإذا رضى بما دون العشرة فقد أسقطت من الحقين فيعمل فيما لها الإسقاط منه وهو ما زاد على العشرة دون ما ليس لها وهو حق الشرع فيجب تكميل العشرة قضاء لحقه ، فيجاب الزائد بلا موجب . فإن قيل : القياس المذكور موجب له ولم يبطل بعد لأنه معارضة . قلنا : يبطله أن التشبيه المذكور إما في الحكم ابتداءً بأن يدعى اندراج تسمية ما لا يصلح في عدمها ، فثبوت الحكم فيه أغنى وجوب مهر المثل حينئذ بالنص والإجماع دون القياس وحينئذ يمنع الاندراج . وإما في الجامع وهو القياس ليثبت حكم الجامع في محل ثبوته فلا بد من تعيينه ليعلم ثبوته في الفرع إذ قياس الشبه الطردى باطل ، ولا يعلم ما هو إلا أن يعينه عدم القدرة على تسليم شيء إذ لا قدرة على تسليم العلم بوجهه وحينئذ تمنع كلية الكبرى لأن عدم القدرة يخص ما ليس بمال كالحيوان فاحشاً . وإن عينه فوات الخطر الذي وجب لأجله المهر على ما قررتم . قلنا : فيجب ما يتحقق به ولم يعين مهر المثل لتحقيقه بالعشرة فالزائد بلا موجب ، وأما إفساد المصنف بقوله ولا معتبر بعدم التسمية الخ يعني لا نسلم أن كل ما يصلح مهراً يكون كعدم التسمية في إيجاب مهر المثل لأن عدمها قصاراه أن يكون لرضاها بغير مهر فإنه قد يكون لطلبها مهر المثل لمعرفة أنه حكمه ورضاها بلا مهر لا يستلزم رضاها بالعشرة فما دونها لأنها قد ترضى بعدمه تكملاً على الزوج ولا ترضى بالعوض اليسير ترفعاً فبعد عن المبني . ولو قيل عدم التسمية ظاهر في القصد إلى ثبوت حكمه من وجوب مهر المثل وليس الثابت في المتنازع فيه ظهور ذلك وإلا لتركوا التسمية رأساً لأن زيادة التسمية تكلف أمر مستغنى عنه في المقصود وهو قصد مهر المثل مع أنه مختلف في كون حكم تسمية ما دون العشرة وجوب مهر المثل ، بل الظاهر أنها رضى بالعشرة لما صرحت بالرضا بما دونها فلا يثبت حكم الأصل فيه لكان أقرب مع أنه لم يسم المبني . ثم فرغ على الخلاف فقال (ولو طلقها قبل الدخول) أى في صورة تسمية ما دون العشرة (فلها خمسة عند علمائنا الثلاثة) لأن موجب هذه التسمية عشرة (وعندنا المتعة) وفي المبسوط : وكذا لو تزوجها على ثوب يساوى

مالاً يصلح مهراً كانعدامه) كما في تسمية الحمر والخنزير وهو القياس . ووجه الاستحسان (أن فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقبضاً بالعشرة) إما باعتبار أن العشرة في كونها صداقاً لا تتجزأ ، وذكر بعض المال يتجزأ كذكر كركله ؛ كما لو أضاف النكاح إلى نصفها صح في جميعها ، وأما حقها وهو ما زاد على العشرة فقد رضى بسقوطه لأن الرضا بما دون العشرة رضا بالعشرة . وإما باعتبار أنها برضاها بما دون العشرة أسقطت حقها وحق الشرع على ما قررناه ، فما كان حقها فقد سقط لولايتها على نفسها ، وما كان حق الشرع فلم يسقط لعدم الولاية عليه . وقوله (ولا معتبر بانعدام التسمية) جواب عن قوله كانعدامه : يعني ليس هذا القياس صحيحاً (لأنها قد ترضى بالتملك من غير عوض تكملاً ولا ترضى فيه بالعوض اليسير) فلا يكون عدم التسمية دليلاً على الرضا بالعشرة فلذلك لم تجب العشرة ، وإنما يجب مهر المثل بخلاف الرضا بما دون العشرة فإنه رضا بها لا محالة (ولو طلقها قبل الدخول بها وجب خمسة عندهم) ووجب المتعة عندهم كما إذا لم يسم شيئاً . وقوله (ومن سمي مهراً عشرة)

فعلية المسمى إن دخل بها أو مات عنها) لأنه بالدخول يتحقق تسليم المبدل وبه يتأكد البذل ، وبالموت ينتهى النكاح نهايته ، والشئ بانتهائه يتقرر ويتأكد فيتقرر بجميع مواجبه (وإن طلقها قبل الدخول بها والخلوة فلها نصف المسمى) لقوله تعالى - وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن - الآية ،

خمس فلها الثوب وخمس خلافا له . ولو طلقها قبل الدخول فلها نصف الثوب ودرهمان ونصف وعنده المتعة ، وتعتبر قيمة الثوب يوم التزويج عليه ، وكذا لو سمي مكبلا أو موزونا لأن تقدير المهر واعتباره عند العقد . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه في الثوب تعتبر قيمته يوم القبض ، وفي المكبل والموزون يوم العقد ، لأن المكبل والموزون يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا بنفس العقد ، والثوب لا يثبت ثبوتا صحيحا بل يتردد بينه وبين القيمة فلذا تعتبر قيمته وقت القبض اهـ . وعلم مما ذكر أن المراد ثوب بغير عينه أما لو كان بعينه فلإنها تملكه بنفس العقد كما ستعلم (قوله فلها المسمى إن دخل بها الخ) هذا إذا لم تكسد الدراهم المسماة ، فإن كان تزويجها على الدراهم التي هي نقد البلد فكسدت وصار النقد غيرها فلإنما على الزوج قيمتها يوم كسدت على المختار ، بخلاف البيع حيث يبطل بكساد الثمن قبل القبض على ما ستعرف (قوله وبه يتأكد البذل) أى يتأكد لزومه فإنه كان قبل لازما ، لكن كان على شرف السقوط بارتدادها وتقبيلها ابن الزوج بشهوة (قوله والشئ بانتهائه يتقرر) لأن انتهاه عبارة عن وجوده بتمامه فيستعقب مواجبه الممكن إلزامها من المهر والإرث والنسب بخلاف النفقة ، ويعلم من هذا الدليل أن موته أيضا كذلك ، فالأقتصار على موته اتفاق ، ولا خلاف للأربعة في هذه سواء كانت حرة أو أمة (قوله وإن طلقها قبل الدخول والخلوة) أى بعد ماسمى (فلها نصف المهر) ثم إن كانت قبضت المهر فحكم هذا التنصيف يثبت عند زفر بنفس الطلاق ويعود النصف الآخر إلى ملك الزوج . وعندنا لا يبطل ملك المرأة في النصف إلا بقضاء أو رضا لأن الطلاق قبل الدخول أوجب فساد سبب ملكها في النصف ، وفساد السبب في الابتداء لا يمنع ثبوت ملكها بالقبض فأولى أن لا يمنع بقاءه فيتفرع على الخلاف مالو أعتق الزوج الجارية : أى الممهوره بعد الطلاق قبل الدخول وهى مقبوضة للمرأة نفذ عتقه في نصفها عنده ، وعندنا لا ينفذ في شئ منها . ولوقضى القاضي بعد عتقها بنصفها له لا ينفذ ذلك العتق لأنه عتق سبق ملكه كالمقبوض بشراء فاسد إذا أعتقه البائع ثم رد عليه لا ينفذ ذلك العتق الذى كان قبل الرد ، ولو أعتقتها المرأة قبل الطلاق نفذ في الكل ، وكذا إن باعت

اعلم أن المهر بعد وجوبه بالتسمية أو بنفس العقد يتقرر بأحد الأمرين بالدخول وما قام مقامه من الخلوة للصحيحة وبالموت ، أما الدخول فلأنه يتحقق به تسليم المبدل وهو البضع (وبه) أى بتسليم المبدل (يتأكد تسليم البذل) وهو المهر كما في تسليم المبيع في باب البيع يتأكد به وجوب تسليم الثمن ، فإن وجوب الثمن قبل ذلك لم يكن متأكدا لكونه على عرضية أن يهلك المبيع في يد البائع وينفسخ العقد ويتسلمه يتأكد وجوب الثمن على المشتري ، وكذلك وجوب المهر كان على عرضية أن يسقط بتقبيل ابن الزوج أو الارتداد والعياذ بالله وبالدخول تأكد . وأما الموت فلأن النكاح ينتهى به نهايته حيث لم يبق قابلا للزف (والشئ بانتهائه يتقرر ويتأكد فيجب أن يتقرر بجميع مواجبه) الممكن تقريرها لوجود المقتضى وانتفاء المانع كالإرث والعدة والمهر والنسب . وقلنا مواجبه الممكن تقريرها احترازا عن النفقة وحل الزوج بعد انقضاء العدة فإن النفقة لا تجب بعد الموت ويحل لها الزوج بعد انقضائها ولم يحل وقت النكاح ، وأما الذى يقوم مقام الدخول فهو الخلوة الصحيحة ، ويعلم حكمه من قوله (فإن طلقها قبل الدخول والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى - وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم)

والأقيسة متعارضة ، ففيه تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره وفيه عود المعقود عليه إليه سالماً فكان المرجع

أو وهبت لبقاء ملكها في الكل قبل القضاء والراضى عندنا . وإذا نفذ تصرفها فقد تعذر عليها زد النصف بعد وجوبه فتضمن نصف قيمتها للزوج يوم قبضت . ولو وطئت الجارية بشبهة فحكم العقر كحكم الزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل كالأرش لأنه بدل جزء من عينها فإن المستوفى بالوطء في حكم العين دون المنفعة وسندكر حكم الزيادة المذكورة . وإزالة البكارة بلا دخول كمن تزوج بيكر فدفعها فزالت بكارتها ليس كالدخول بها فلا يوجب إلا نصف المهر عند أبي حنيفة ، وعند محمد يجب كماله . واختلفت الرواية عن أبي يوسف فقيل هو مع محمد ، وقيل مع أبي حنيفة (قوله والأقيسة متعارضة) جواب عن سؤال مقدر وهو أن الآية وهي قوله تعالى - فنصف ما فرضتم - عام في المفروض أعطى حكم التنصيف : وقد خص منه ما إذا كان المفروض نحو الخمر وما إذا سمي بعد العقد الخالي عن التسمية فإنه لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول فيجاز أن يعارضه القياس إن وجد وقد وجد . وهو أن في طلاقه قبل الدخول تفويت الملك على نفسه باختياره فكان كإعتاق المشتري العبد المبيع أو إتلاف المبيع ومقتضاه وجوب تمام المسمى . أو يقال هو رجوع المبدل إليها سالماً فكان كما إذا تقايلا قبل القبض في البيع يسقط كل الثمن ؛ فقال : الأقيسة متعارضة فإن مقتضى الأول وجوب المسمى بتمامه كما ذكرنا ؛ ومقتضى الثاني لا يجب لها شيء أصلاً فتساقطاً بقي النصف على ما كان عليه فكان المرجع إليه ، وعلى هذا يسقط ما أورد من أن مقتضى العبارة أن المصير إلى النص بعد تعارض القياسين لكن الحكم على عكسه لأن ذلك في نص لا يعارضه القياس ، ومن أن القياسين إذا تعارضا لا يتركان بل يعمل المجتهد بشهادة قلبه في أحدهما لأن ذلك فيما إذا لم يكن عموم نص

وهو نص صريح في الباب فيجب العمل به . وقوله (والأقيسة متعارضة) جواب عما يقال : ينبغي أن يسقط كل البطل ، لأن بالطلاق قبل الدخول يعود المعقود عليه سالماً إليها فيجب أن يسقط كل البطل كما إذا تباعا ثم تقايلا . ووجهه أن الأقيسة متعارضة قياس يقتضي ذلك كما ذكرت ، وقياس آخر يقتضي وجوب كل المهر لأنه فوت مملكه باختياره وذلك يقتضي وجوب كل المهر كالمشتري إذا أتلّف المبيع قبل القبض ، وإذا تعارض القياسان وجب المصير إلى النص . وفيه بحث من أوجه : الأول أن القياس الواحد لا وجود له على مخالفة النص فضلاً عن الأقيسة والثاني أن التعارض إذا ثبت بين الحجتين كان المصير إلى ما بعدهما لا إلى ما قبلهما . والثالث أن القياسين لا يتعارضان ، ولو ثبت التعارض صورة لم يتركأ . بل يعمل المجتهد بأيهما شاء . وأجيب عن الأول بأن ذكر معارضة القياسين ههنا ليس لإثبات الحكم بهما أو بأحدهما بل لبيان أن العمل بهما غير ممكن لتعارضهما أو لمخالفة كل منهما النص ، فصار كأنه قال : فوجب العمل عليهما بظاهر النص من غير رجوع إلى

(قال المصنف : والأقيسة متعارضة) أقول : مراده القياسان ، وهو جواب سؤال مقدر كأنه قيل : من الأحكام الشرعية ماثبت بالأدلة الأربعة ، ومنها بثلاث منها ، ومنها باثنين ، فهل يجوز أن يثبت هذا الحكم بالقياس أيضاً كما يثبت بالنص ؟ فأجاب بأن الأقيسة متعارضة مع مخالفتها للنص أيضاً ، فلا يمكن العمل بها ، فكان المرجع النص فقط فليتأمل هذا ملاح ل (قوله لأنه فوت مملكه الخ) أقول : إن أراد أنه فوته عن نفسه فمسلّم ، ولكن لا يستقيم القياس بإتلاف المبيع ، فإن الواقع هنا ليس إتلاف البضع بل تسليمه إلى صاحبه سالماً ، وإن أراد أنه أتلّفه فقد عرفت حاله ، والأظهر جعل المقيس عليه إعتاق المبيع فليتأمل (قوله وفيه بحث من أوجه : الأول أن القياس الواحد لا وجود له على مخالفة النص فضلاً عن الأقيسة) أقول : أي لا وجود له شرعاً بحيث يترتب عليه الآثار بأن يعمل به . ومورد السؤال ما يفهم من كلام المصنف من أنه لو تعارض القياسين لعمل بأحدهما ، وأنت خير أن قوله فضلاً عن الأقيسة محل بحث (قوله وأجيب عن الأول الخ) أقول : المجيب صاحب النهاية (قوله غير يمكن لتعارضهما) أقول : صورة (قوله أو لمخالفة كل منهما النص الخ) أقول : هذا لا يدل عليه

فيه النص ، وشرط أن يكون قبل الخلوة لأنها كاللدخول عندنا على ما بينه إن شاء الله تعالى . قال (وإن تزوجها ولم يسم لها مهرا

يرجع إليه ، لكن تقرير السؤال على الوجه المذكور لا يتوجه لأن تمام الآية هو انتصاف المسمى بالطلاق قبل الدخول ، قال الله تعالى - وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن - وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم - فتوجيه السؤال بأن النص قد خص ، وقياس الطلاق قبل الدخول على إتلاف المبيع ونحو ذلك يوجب أن لا يجب شيء باطل لأنه حينئذ نسخ لتمام موجب النص لا تخصيص إذا لم يبق تحت النص على ذلك التقرير شيء ، وليس ينسخ العام بخصوص بالقياس بل يخص به فلا يتوجه ليعارض بآخر يمنعه من الإخراج ، وتقديره لا على أنه جواب سؤال يرد عليه ما ذكرنا أنه يسقط على ذلك التقرير فلم يكن حاجة في الاستدلال سوى التعرض للنص إلا أن يكون قصد ذكر الواقع في نفس الأمر (قوله وشرط) يعني القدر في لزوم نصف المسمى بالطلاق قبل الدخول (أن يكون قبل الخلوة لأنها كاللدخول عندنا) في تأكيد تمام المهر بها (قوله وإن تزوجها ولم يسم لها مهرا الخ) الحاصل أن وجوب مهر المثل حكم كل نكاح لامهر فيه عندنا سواء سكنت عن المهر أو شرط نفيه أو سمي في العقد وشرط ردها مثله من جنسه ، وصورة هذا تزوجها على ألف على أن ترد إليه ألفا صح ولها مهر مثلها بمنزلة عدم التسمية لأن الألف بمقابلة مثلها فبقي النكاح بلا تسمية ، بخلاف ما لو تزوجها على ألف على أن ترد عليه مائة دينار جاز ، وتنقسم الألف على مائة دينار ومهر مثلها ، فما أصاب الدنانير يكون صرفا مشروطا فيه التقابض ، وما يخص مهر المثل يكون مهرا ، فإن طلقها قبل الدخول ردت نصف ذلك على الزوج إن كانت قبضت الألف لأن المقابلة هنا بخلاف الجنس وعند اختلاف الجنس تكون المقابلة باعتبار القيمة ، ولو تفردا قبل التقابض بطل حصص الدنانير من الدرهم . وفي هذه الوجوه إن كانت حصص مهر المثل من الألف أقل من عشرة يكمل لها عشرة . ومن صور وجوبه أن يتزوجها على حكمها أو حكمه أو حكم آخر لأنه في الجهالة فوق جهالة مهر المثل ، إلا أن في الإضافة إلى نفسه إن حكم لها بقدر مهر المثل أو أكثر صح ، أو دونه فلا إلا أن ترضى ، وإلها إن حكمت بمهر مثلها أو أقل جاز أو أكثر فلا إلا أن يرضى ، وإلى الأجنبية إن حكم لها بمهر المثل جاز لا بالأقل إلا أن ترضى ، ولا بالأكثر إلا أن يرضى ، وكذا إذا تزوجها على ما في بطن جاريته أو أغنامه لا يصح ، بخلاف خلعتها على ما في بطن جاريته ونحوه يصح . لأن ما في البطن بعرضية أن يصير مالا بالانفصال وإن لم يكن مالا في الحال والعوض

القياس والمعقول ، فإننا لو خيلنا ومجرد القياس وعملنا به على وجه الفرض والتقدير وإن لم يكن وقت العمل بالقياس من غير نظر إلى النص لزم ترك أحد القياسين فتركناهما جميعا وعملنا بالنص ، وبهذا خرج الجواب عن السؤالين الأخيرين ، فإنه لما لم تكن المعارضة على حقيقتها بل هو قول على سبيل الفرض والتقدير لا يرد ما يرد في التعارض ، هذا أحسن ما وجدته في الاعتذار في هذا البحث وهو كما ترى . وقوله (وشرط أن يكون قبل الخلوة) قد ظهر معناه مما تقدم قال (وإن تزوجها ولم يسم لها مهرا) للمفوضة والتي شرط في نكاحها أن لا مهر لها مهر المثل إذا

كلام المصنف (قوله هذا أحسن ما وجدته في الاعتذار الخ) أقول : وأحسن من هذا ما ذكره العلامة الزيلعي في شرح الكنز : لو ثبت تخصيص النص بالمس والخلوة فراجع (قوله للمفوضة الخ) أقول : قال الإقناني : المفوضة التي فوضت نفسها بلا مهر

أو تزوجها على أن لامهر لها فله مهر مثلها إن دخل بها أو مات عنها (وقال الشافعي : لا يجب شيء في الموت ، وأكثرهم على أنه يجب في الدخول . له أن المهر خالص حقها فتتمكن من نفية ابتداء كما تتمكن من إسقاطه انتهاء ولنا أن المهر وجوباً حق الشرع على مامر ، وإنما يصير حقها في حالة البقاء فتملك الإبراء دون النفي (ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة) لقوله تعالى - ومنعوهن على الموسع قدره - الآية .

في الخلع يجتمع الإضافة كالخلع ، بخلاف النكاح لا يجتمعا فلا يجتمعا بدله ، ومثله ما يخرج به نخله وما يكسبه غلامه (قوله أو مات عنها) وكذا إذا ماتت هي فإنه يجب أيضاً مهر المثل لورثتها (قوله وقال الشافعي) يعني في قول عنه (لا يجب في الموت شيء) للمفوضة وهو قول مالك في صورة نفي المهر وقوله الآخر كقولنا (قوله وأكثرهم) أي أكثر أصحابه (قوله له أن المهر خالص حقها فتتمكن من نفية ابتداء كما تتمكن من إسقاطه انتهاء) أي بعد التسمية . ولا يخفى أن هذا الاستدلال يقتضي نفي وجوبه مطلقاً قبل الدخول وبعده وهو خلاف ما نقله عن الأكثر . ولأن عمرو ابنه وعلياً وزيدا رضوان الله عليهم قالوا في المفوضة نفسها : حسبها الميراث . ولنا أن سائلاً سأل عبد الله بن مسعود عنها في صورة موت الرجل فقال : بعد شهر أقول فيه بنفسى . فإن يك صواباً فمن الله ورسوله . وإن يك خطأ فمن نفسي . وفي رواية : فمن ابن أم عبد . وفي رواية : فمنى ومن الشيطان ، والله ورسوله عنه بريتان . أرى لها مهر مثل نساءها لا وكس ولا شطط . فقام رجل يقال له معقل بن سنان وأبو الجراح حامل راية الأشجعيين فقالا : نشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في امرأة منا يقال لها بروع بنت واشق الأشجعية بمثل قصائك هذا ، فسر ابن مسعود سروراً لم يسر مثله قط بعد إسلامه . وبروع بكسر الباء الموحدة في المشهور ويروى بفتحها هكذا رواه أصحابنا . وروى الترمذي والنسائي وأبو داود هذا الحديث بلفظ أخصر ، وهو أن ابن مسعود قال في رجل تزوج امرأة فمات عنها ولم يدخل بها ولم يفرض لها الصداق : لها الصداق كاملاً وعليها العدة ولها الميراث . فقال معقل بن سنان : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق بمثله . هذا لفظ أبي داود ، وله روايات أخر بألفاظ أخر . قال البيهقي : جميع روايات هذا الحديث وأسانيدها صحاح . والذي روى من رد علي رضي الله عنه له فلمذهب تفرد به وهو تحليف الراوى إلا أبا بكر الصديق ، ولم ير هذا الرجل ليحلفه لكنه لم يصح عنه ذلك ، ومن أنكر ثبوتها عنه الحافظ المنذرى (قوله ولنا أن المهر وجب حقاً للشرع) أي وجوبه ابتداء حق الشرع لما قدمنا آنفاً ، وإنما يصير حقها في حالة البقاء : أي بعد وجوبه على الزوج ابتداء بالشرع يثبت لما شرعاً حق أخذه فتتمكن حينئذ من الإبراء لمصادفته حقها دون

دخل بها أو مات عنها ، وكذا إذا ماتت (وقال الشافعي : لا يجب شيء في الموت . وأكثر أصحابه على أنه يجب في الدخول . له أن المهر خالص حقها فتتمكن من نفية ابتداء كما تتمكن من إسقاطه انتهاء . ولنا أن المهر وجوباً حق الشرع كما مر ، وإنما يصير حقها حالة البقاء فتملك الإبراء دون النفي) لأن الأصل أن يلاقى التصرف ما تملكه دون مالا تملكه (ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة لقوله تعالى - ومنعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره -) ووجه الاستدلال أن الله تعالى قال - لاجنح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومنعوهن -

(قال المصنف له أن المهر خالص حقها الخ) أقول : قال ابن الهمام : لا يخفى أن هذا الاستدلال يقتضي نفي وجوبه مطلقاً قبل الدخول وبعده وهو خلاف ما نقله عن الأكثر اه فيه تأمل (قوله إن الله تعالى قال - لاجنح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن -) أقول : قال القرطبي

ثم هذه المتعة واجبة رجوعاً إلى الأمر ، وفيه خلاف مالك (والمتعة ثلاثة أثواب من كسوة مثلها) وهي درع وخمار وملحفة . وهذا التقدير مروى عن عائشة وابن عباس رضي الله عنهما . وقوله من كسوة مثلها

نفيه ابتداء عن أن يجب (قوله ثم هذه المتعة) أى متعة المطلقة قبل الدخول التي لم يفرض لها مهر في العقد (واجبة) عندنا وعتد الشافعي وأحمد وخصها احترازاً عن غيرها من النساء فإن المتعة لغیرها مستحبة إلا لمن سئذكر . وقوله (رجوعاً إلى الأمر) هو قوله تعالى - ومتعوهن - عقيب قوله - لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوهن فريضة - أى ولم تفرضوهن فريضة فانصرف إلى المطلقات قبل الفرض والميسر . بخلاف المدخول بها فإن المتعة مستحبة لها فرض لها أولاً (قوله وفيه خلاف مالك) فذهب استحباب المتعة في هذه الصورة وغيرها من الصور إلا المطلقة قبل الدخول بعد الفرض إلا أن تجيء الفرقة من جهتها في جميع الصور . ووجه قوله تعليقه بالمحسن : أعنى الأمر المذكور لقوله سبحانه عقيبه - حقاً على المحسنين - وهم المتطوعون ، فيكون ذلك قرينة صرف الأمر المذكور إلى الندب . والجواب منع قصر المحسن على المتطوع بل هو أعم منه ومن القائم بالواجبات أيضاً فلا ينافي الوجوب فلا يكون صارفاً للأمر عن الوجوب مع ما انضم إليه من لفظ حقاً وعلى (قوله والمتعة ثلاثة أثواب من كسوة مثلها وهي درع وخمار وملحفة) قدّر بها لأنها اللبس الوسط لأنها تصلى وتخرج غالباً فيها . وفي المبسوط : أدنى المتعة درع وخمار وملحفة (وهذا التقدير مروى عن عائشة وابن عباس) ومن بعدهم سعيد

والفريضة هي المهر : أى لا جناح عليكم في الطلاق في الوقت الذي لم يحصل المساس ، وفرض الفريضة وأمر بالمتعة مطلقاً وهو على الوجوب وقال - حقاً - وذلك يقتضيه أيضاً وذكر بكلمة على (وهذه المتعة واجبة) عندنا (رجوعاً إلى الأمر) وغيره (وفيه خلاف مالك) فإنها عنده مستحبة في جميع الصور لأن الله تعالى سهاها إحساناً بقوله تعالى - حقاً على المحسنين - وأجيب بأن ذلك مصروف إلى التي لها مهر أو نصف مهر لثلا يعارض الأمر . وفيه نظر لأن متاعاً مصدر مؤكّد لقوله تعالى - متعوا - والمراد به هذه المتعة الواجبة فكيف ينصرف إلى المستحب . والأولى أن يقال : الأمر وكلمة على في - على الموسع قدره وعلى المقتر قدره - و- متاعاً - و- حقاً وكلمة - على - في قوله - على المحسنين - كلها تقتضي الوجوب وتأكيده ، فيما أن تبطل ذلك كله لأجل لفظ الإحسان أو توؤله لا أراك تعبدل عن التأويل فتوؤل بأن معناه على المحسنين الذين يقيمون الواجب ويزيدون على ذلك إحساناً منهم . والله أعلم (والمتعة ثلاثة أثواب من كسوة مثلها وهي درع وملحفة وخمار) فإن كانت من السفلة فن الكرباس ، وإن كانت وسطاً فن القز ، وإن كانت مرتفعة الحال فن الإبريسم (وهذا التقدير) أى تقدير العدد (مروى عن عائشة وابن عباس) وذلك لأن المرأة تصلى في ثلاثة أثواب وتخرج فيها عادة فتكون متعتها كذلك .

في تفسيره : إن لفظة ما موصولة في قوله تعالى - ما لم تمسوهن - (قوله وهو على الوجوب) أقول : قوله هو راجع إلى الأمر : يعنى أن أمره على الوجوب (قوله لأن الله تعالى سهاها إحساناً الخ) أقول : والإحسان هو التطوع (قوله وفيه نظر لأن متاعاً مصدر مؤكّد الخ) أقول : فيه أن المجيب أن يقول المصروف إلى التي لها مهر أو نصفه هو قوله تعالى - حقاً على المحسنين - فقوله تعالى - حقاً - مصدر مؤكّد : أى حق حقاً ، فالمراد من ضمير حق تمتيع من سمى لها مهر لدفع التعارض ، ولا يتوجه عليه أن متاعاً مصدر الخ (قوله ويزيدون على ذلك إحساناً هم) أقول : فيه بحث ، فإنه يوم أن لا يجب على غير من يفعل ذلك وليس كذلك . والأحسن أن يقال : المراد الذين يحسنون إلى أنفسهم لساعة إلى الامتثال أو إلى المطلقات بالتمتع ، وبمهم محسنين للمشاركة ترغيباً وتحريضاً كما في تفسير القاضي ، وقد ذكر العلماء غير ذلك أيضاً (قال المصنف : والمتعة ثلاثة أثواب ، إلى قوله : مروى عن عائشة وابن عباس رضي الله عنهما) أقول : تنقيح إطلاق الآية لا يكون

- ٣٢٧ -

إشارة إلى أنه يعتبر حالها وهو قول الكرخي في المتعة الواجبة لقيامها مقام مهر المثل . والصحيح أنه يعتبر حاله عملاً بالنص وهو قوله تعالى - على الموسع قدره وعلى المقتر قدره - ثم هي لا تزاد على نصف مهر مثلها ولا تنقص

ابن المسيب والحسن وعطاء والشعبي ، وحيث قدروها به مع فهم اللغة يعرف منه أن لفظ متعة لا يقال في إعطاء الدراهم بل فيما سواها من الأثاث والأمتعة . وهو المتبادر إلى الفهم أيضاً فلا تقدر بالدراهم وإن لم يمنع أن يقع على الدراهم أيضاً لأن الشأن في المنبأ من اللفظ . وعن الشافعي تقديرها بثلاثين . ولا باجتهاد الحاكم وإنما يجتهد ليعرف حال من يعتبر بحاله من الزوجين أو حالهما لأن الأثواب معتبرة بحالهما على ما هو الأشبه بالفقه لأن في اعتبار حاله تسوية بين الشريفة والحسيسة وهو منكر بين الناس . وقيل يعتبر حالها وهو الذي يشير إليه قول القندوري من كسوة مثلها ، وهو قول الكرخي لقيام هذه المتعة مقام مهر المثل فإنما يجب عند سقوطه وفيه يعتبر حالها فكذا في خلقه ، وهكذا في النفقة والكسوة ، فإن كانت من السفلى فمن الكرباس . وإن كانت وسطاً فمن القز ، وإن كانت مرتفعة الحال فمن الإبريسم . وإطلاق الذخيرة كونها وسطاً لا بغاية الجودة ولا بغاية الرداءة لا يوافق رأياً من الثلاثة الاعتبار بحاله أو حالها أو حالهما . وقيل يعتبر حاله وهو اختيار المصنف ، وصححه عملاً بالنص وهو قوله تعالى - على الموسع قدره وعلى المقتر قدره - وقد يقال : إن هذا يناقض قولهم إن المتعة لا تزاد على نصف مهر المثل لأنها خلفه . فإن كانا سواء فلو وجب المتعة لأنها الفريضة بالكتاب العزيز ، وإن كان نصف مهر المثل أقل من المتعة فالواجب الأقل إلا أن ينقص عن خمسة فيكمل لها الخمسة . وهذا كله نص الأصل والمبسوط وهو صريح في اعتبار حالها ، وهذا لأن مهر المثل هو العوض الأصلي لكنه تعذر تنصيفه لجهالته فيصير إلى المتعة خلفاً عنه فلا تجوز الزيادة على نصف المهر ولا ينقص عن الخمسة لأن أقل المهر عشرة . ومنع الشافعي اعتبار المتعة بمهر المثل لأنه سقط بالطلاق قبل الدخول فلا معنى لاعتباره بعد ذلك . أجيب بأن النكاح الذي فيه التسمية بالمال أقوى من نكاح لاتسمية فيه . وفي الأقوى لا يجب بالطلاق قبل الدخول أكثر من نصف ما كان واجباً قبله ، فكذا في النكاح الذي لاتسمية فيه ، وكان الواجب قبل الدخول مهر المثل فلا يزداد بالطلاق قبل الدخول على نصفه ، ثم لا تجب المتعة إلا إذا كانت الفرقة من جهته كالفرقة بالطلاق والإيلاء واللعان والحب والعنة وردته وإبائه وتقبيله أمها أو ابنتها بشهوة ، وإن جاءت الفرقة من جهتها فلا تجب كردتها وإبائها الإسلام وتقبيلها ابنه بشهوة والرضاع وخيار البلوغ والعنق وعدم الكفاءة ، وكما لا تجب المتعة بسبب محبيء الفرقة من قبلها

وقوله (لقيامها مقام مهر المثل) قال في النهاية : كان من حقه أن يقول لقيامها مقام نصف مهر المثل لأن المهر التام لم يجب في صورة من الصور إذا طلقت قبل الدخول ولكن مراده إلحاق المتعة بنفس مهر المثل في اعتبار حالها من غير نظر إلى تمام مهر المثل أو نصفه ، وفي مهر المثل المعتبر حالها فكذا فيما قام مقامه . وقوله (والصحيح أنه يعتبر حاله) هو اختيار أبي بكر الرازي (عملاً بالنص : وهو قوله تعالى - على الموسع قدره -) أي على الغنى بقدر حاله (وعلى المقتر) أي على الفقير المقل بقدر حاله . ثم المتعة إما أن تكون زائدة على نصف مهر المثل أو لا ، فإن كانت زائدة فلها نصف مهر المثل لأن مهر المثل هو العوض الأصلي . ولكن تعذر تنصيفه لجهالته فيصير إلى

إلا بالخبر المشهور لأقل فليتأمل (قوله قال في النهاية ، إلى قوله : فكذا فيما قام مقامه) أقول : إلى هنا كلام النهاية (قواء ولكن تعذر تنصيفه لجهالته الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه إذا تعذر تنصيفه لجهالته كيف يعلم أنه زائد على نصف مهر المثل أو مساو أو ناقص ، فإن ذلك يخرج

عن خمسة دراهم ، ويعرف ذلك في الأصل (وإن تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسمية فهي لها إن دخل بها أو مات عنها ، وإن طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة) وعلى قول أبي يوسف الأول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي لأنه مفروض فيتنصف بالنص . ولنا أن هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا يتنصف

لا تستحب لها أيضا لحنايتها ، ومقتضى هذا أن لا تستحب في خيارها فيذبحي أن يقال لحنايتها أو رضاها به واستحباب المتعة لإيجازها بالطلاق ، وكذا لو فسخته بخيار البلوغ أو اشترى هو أو وكيله منكوحة أو باعها المولى من رجل ثم اشتراها منه الزوج تجب المتعة ، وفي كل موضع لا تجب فيه المتعة عند عدم التسمية لا يجب نصف المسمى عند وجودها ، وفي كل موضع تجب فيه يجب ، والواجب بالعقد هو المسمى أو مهر المثل إن لم يسم ، ثم بالطلاق قبل الدخول يسقط نصفه ، وقيل كاه ، ثم يجب النصف بطريق المتعة (قوله وعلى قول أبي يوسف الأول) إشارة إلى أن قوله الآخر كقولهما (قوله فيتنصف بالنص) يعنى قوله تعالى - فنصف ما فرضتم - فإنه يتناول ما فرض في العقد أو بعده بتراضيهما أو بفرض القاضي فإن لها أن ترفع إلى القاضي ليفرض لها إذا لم يكن فرض لها في العقد (قوله أن هذا الفرض تعيين لمهر المثل) وذلك لأن هذا العقد حين انعقد كان موجبا لمهر المثل لأن ذلك حكم العقد الذي لم يسم فيه مهر ، وثبوت الملزوم لا يتخلف عنه ثبوت اللازم ، فإذا كان الثابت به لزوم مهر المثل لا يتنصف إجماعا فلا يتنصف ما فرض بعد العقد . والفرض المتنصف في النص : أعنى قوله تعالى - فنصف ما فرضتم - يجب حينئذ حمله على المفروض في العقد بالضرورة ، لأننا لما بينا أن المفروض بعد عقد لا تسمية فيه هو نفس خصوص مهر مثل تلك المرأة وأن الإجماع على عدم انتصافه لزم بالضرورة أن المتنصف بالنص ما فرض في العقد ، على أن

خلفه وهو المتعة فلا تزداد على نصف مهر المثل وإن لم تكن ، فيما أن تكون مساوية له أو لا ، فإن كانت مساوية فلها المتعة اتباعا للنص ، وإن لم تكن ، فيما أن تكون أقل من خمسة دراهم أو لا ، فإن كانت فلها الخمسة لأن المهر هو الأصل والمتعة خلفه ، ولا مهر أقل من عشرة دراهم فلا متعة أقل من خمسة دراهم ، وإن لم تكن فلها المتعة بالنص . فإن قيل : نص المتعة مطلق عن هذه التفاصيل ففيها تقييد له وهو نسخ . فالجواب أن قوله تعالى - قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم - دل على أن المهر مقدر شرعا ، والإيجاب بالتسمية في مهر من يعتبر في مهره مهر المثل بيان لذلك المقدر المحمل ، وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام « لامهر أقل من عشرة دراهم » فكان معارضا لآية المتعة ، والتفصيل على الوجه المذكور توفيق بينهما ، فتأمل إن كان القواعد الأصولية على ذكر منك (وإن تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسمية مهر فهي لها إن دخل بها أو مات عنها) بالاتفاق (وإن طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة ، وعلى قول أبي يوسف الأول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي لأنه مفروض) والمفروض يتنصف بالطلاق قبل الدخول لقوله تعالى - فنصف ما فرضتم - (ولنا أن هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل) إذ لو لم يكن كذلك لوجب عليه إذا دخل بها مهر المثل والمفروض جميعا ،

معلومية النصف ، ثم كيف يصار إلى خلفه وقد علم وزالت الجهالة قبل المصير إلى الخلف فهذا خلف (قوله فالجواب أن قوله تعالى - قد علمنا ما فرضنا عليهم - إلى قوله فكان معارضا لآية المتعة) أقول : فيه بحث ، فإن الإشارة لاتعارض العبارة ، ولو سلم فلم لا يجوز أن يكون إيجاب المتعة المقدرة بما قدرنا ذلك المقدر المحمل في خصوص المفوضة والتي شرط في نكاحها أن لامهر لها إذا طلقت قبل الدخول والحلوة الصحيحة ، ولو سلم فلا دلالة في التي تلاها على عموم الأحوال والأزمان ، فيتأتى التوفيق بحمل آية المتعة على حال الطلاق قبل الدخول فيما

- ٣٢٩ -

فكذا ما نزل منزله ، والمراد بما تلا الفرض في العقد إذ هو الفرض المتعارف : قال (وإن زاد لها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة) خلافا لزفر ، وسند كره في زيادة الثمن والمثمن إن شاء الله تعالى (و) إذا صححت الزيادة (تسقط بالطلاق قبل الدخول) وعلى قول أبي يوسف أولا تنصف مع الأصل

المتعارف هو الفرض في العقد حتى كان المتبادر من قولنا فرض لها الصداق أنه أوجب في العقد فيقيد لذلك نص ما فرضتم به ضرورة أن الخبر عنه بفرضتم هو الفرض الواقع في العقد ، وهذا من المصنف تقييد بالعرف العملي بعد ما منع منه في الفصل السابق حيث قال : أو هو عرف عملي ، ولا يصلح مقيدا للفظ ، وقدمنا أن الحق التقييد به . وفي الغاية والدراية : لا يتناول غيره : أي غير المفروض في العقد إذ المطلق لا عموم له وليس بشيء ، لأن المطلق هو المتعرض لمجرد الذات فيتناول المفروض على أي صفة كانت سواء كان في العقد أو بعده بتراضيهما أو بفرض القاضي عليه لو رافعه ليفرض لها . فالصواب ما ذكرنا من أن المفروض بعد العقد نفس مهر المثل ، وأن الفرض لتعيين كميته ليتمكن دفعه ، وهو لا يتنصف إجماع فتعين كون المراد به في النص المتعارف دون غيره مما يصدق عليه لغة لما بينا ، ولأن غيره غير متبادر لندرة وجوده .

[فرع] لو عقد بدون التسمية ثم فرض لها دارا بعد العقد فلا شفعة فيها للشفيع لما قلنا إن المفروض بعده تقرير مهر المثل ومهر المثل بدل البضع فلا شفعة فيه ، ولهذا لو طلقها قبل الدخول بها كان عليها أن ترد الدار وترجع على الزوج بالمتعة ، بخلاف مالو كان مسمى في العقد ثم باعها به الدار فإن فيها الشفعة لأنها ملكت الدار شراء بالمهر ، وإن طلقها قبل الدخول بها فالدار لها وترد نصف المسمى على الزوج لأنها صارت مستوفية للصداق بالشراء والشراء لا يبطل بالطلاق (قوله لزمته الزيادة خلافا لزفر) والشافعي لأنها لو صححت بعد العقد لزم كون الشيء بدل ملكه . قلنا : اللزوم منتف على تقدير الالتحاق بأصل العقد ، وينتقض بالعوض عن الهبة بعد عقدها ، والدليل على الصحة قوله تعالى - ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد الفريضة - فإنه يتناول ما تراضيا على إلحاقه وإسقاطه . ومن فروع الزيادة مالو راجع المطلقة الرجعية على ألف فإن قبلت لزمته وإلا فلا لأن هذه زيادة وقبولها شرط في اللزوم . ويناسب هذه مسألة التواضع لما فيها من تعدد التسمية لو تواضعا في السر على مهر وعقد في العلانية بأكثر منه إن اتفقا على أن العلانية هزل فالمهر مهر السر ، وإن اختلفا فادعى الزوج المواضعة وأنكرت فالقول لها ، هذا إن اتحد الجنس ، فإن اختلف فإنه يتعقد بمهر المثل . ولو عقدا في السر بألف وأظهر ألفين فكذلك إن اتفقا على المواضعة فالمهر ما في السر ، أو اختلفا فالقول للمرأة في دعوى الجحد فيلزمه مهر

أما مهر المثل فلأنه الواجب بهذا العقد ابتداء لعدم التسمية ، وأما المفروض فبحكم التسمية وكان كما إذا سمي لها مهرا ثم زاد لها شيئا فإنهما يلزمان على تقديرى الدخول والموت لكنه يسقط مهر المثل ويلزمه المفروض وكان تعيينا له ، ومهر المثل لا يتنصف (فكذا ما نزل منزله ، والمراد بما تلا) يعني قوله تعالى - فنصف ما فرضتم - (الفرض في العقد) لأنه هو المتعارف . وقوله (وإن زادها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة خلافا لزفر) فإنه يقول :

لم يسم فيه مهر على ما هو صريح الآية ، وما تلاه على ما عاده ، وعليك بالتأمل فإن للكلام مجالا (قوله أما مهر المثل فلأنه الواجب بهذا العقد) أقول : لم لا يجوز أن يكون تأكيد وجوبه موقوفا على عدم التسمية بعد العقد ؟ فإذا تراضيا على تسمية المهر لا يبقى مهر المثل واجبا فليتأمل ، فإنه يقال أصالة مهر المثل تعينه ، إلا أن ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما الأصالة للمسمى كما سيجيء بعد ثلاث ورفات

(٤٢ - فتح القدير ج١ - ٣)

لأن التنصيف عندهما يختص بالمفروض في العقد ، وعنده المفروض بعده كالمفروض فيه

العلانية ، إلا أن يكون أشهد عليها أو على وليها الذي زوجها منه أن مهرها السر وأقام البيعة بذلك فيثبت ما ادعاه . ولو عقدا في السر بألف ثم عقدا في العلانية بألفين وأشهدا أن العلانية سمعة فالسر ، وإن لم يشهدا قال الصدر الشهيد : عند أبي حنيفة المهر مهر السر . وعند محمد مهر العلانية . وذكر القاضي الإمام أبا يوسف مكان محمد ، وجعل محمدا مع أبي حنيفة قال : لو تزوج امرأة بألف ثم جدد النكاح بألفي درهم اختلفوا فيه ؛ ذكر خواهر زاده أن على قول أبي حنيفة ومحمد لا تلزم الألف الثانية ، وعلى قول أبي يوسف تلزمه الألف الثانية ، وذكر في المحيط قول أبي يوسف مع أبي حنيفة . وفي شرح الطحاوي : لو تزوجها على ألف ثم ألفتين لا يثبت الثاني خلافا لأبي يوسف ، وعلى عدم الثبوت بأنهما قصدا لإثبات الزيادة في ضمن العقد ولم يثبت العقد فكذا الزيادة ، فانفتحت هذه النقول على أن قول أبي حنيفة عدم الثاني ، وعلى عكس هذا حكى الخلاف في الكافي للشيخ حافظ الدين قال : تزوجها على مهر في السر بشهادة شاهدين على ألف ثم تزوجها في العلانية بألفين فمهرها ألفا درهم ، ويكون هذا زيادة في المهر عند أبي حنيفة ومحمد . وعند أبي يوسف المهر هو الأول ، وهذا هو ظاهر المنصوص في الأصل ، وعليه مثنى شمس الأئمة أن عند أبي حنيفة : المهر مهر العلانية . قال في المبسوط : إذا توافقا في السر بألف وأشهدا أنهما يجددان العقد بألفين سمعة فالمهر هو الأول لأن العقد الثاني بعد الأول لغو ، وبالإشهاد علمنا أنهما قصدا الهزل بما سمياه فيه ، وإن لم يشهدا على ذلك فالنقل أشار إليه في الكتاب المهر مهر العلانية ، ويكون هذا منه زيادة لها في المهر . قالوا : هذا عند أبي حنيفة ، فأما عند أبي يوسف ومحمد المهر هو الأول لأن العقد الثاني لغو ، فما ذكر فيه أيضا من الزيادة يلغو . وعند أبي حنيفة : العقد الثاني إن كان لغوا فما ذكر فيه من الزيادة يكون معتبرا بمنزلة من قال لعبدته وهو أكبر منه سنا هذا ابني لما لغا صريح كلامه عندهما لم يعتق العبد . وعنده وإن لغا صريح كلامه في حكم النسب يبقى معتبرا في حق العتق اه كلام شمس الأئمة . وبآخره يخرج الجواب عن المذكور في شرح الطحاوي من تعليل عدم اعتبار الثاني . قوله أشار في الكتاب إلى أن المهر مهر العلانية هو والله أعلم بإطلاق اعتبار العلانية في الأصل ، فإن عبارته فيه : إذا تزوجها على مهر في السر وسع في العلانية بأكثر منه يؤخذ بالعلانية فالسمع في العلانية يشمل ما إذا شهدا على أن العلانية هزل غير مقصود ، وإذا لم يشهدا على ذلك وما إذا كان التسميع ليس في ضمن عقد بل مجرد إظهاره على ما هو عكس أول صور المواضعة ونبينا عليه أو في ضمنه فما أخرجه الدليل خرج ويبقى الباقي ، ولا اختلاف في اعتبار الأول إذا شهدا على هزلية الثاني أو اعترافا به مطلقا فيبقى ما لم يشهدا فيه ولم يعترف به مما هو في ضمن عقد ثان مرادا قطعا ، وظاهر هذا أنه لا خلاف فيه بينهم ، ولهذا والله سبحانه أعلم ذكر عصام أن عليه ألفين ولم يذكر خلافا ، وإن ذكر في المحيط عنه أنه ذكر في كتاب الإقرار أنه لا تثبت الزيادة ، فإذا حكى المشايخ الخلاف يجب كون المذكور قول أبي حنيفة البتة لأنه

الزيادة هبة مبتدأة لا تلحق بأصل العقد إن قبضت ملكا وإلا فلا ، ووعد المصنف أن يذكره في باب زيادة الثمن والتمن فنحن نتبعه في ذلك . وقوله (لأن التنصيف عندهما يختص بالمفروض في العقد) يعني بناء على ما ذكره أنه يتصرف إلى المتعارف (وعنده المفروض بعده كالمفروض فيه) عملا بظاهر قوله تعالى - فنصف ما فرضتم -

(قوله وقوله لأن التنصيف عندهما يختص بالمفروض الخ) أقول : فيه تأمل ، فإن المانع من التنصيف وهو القيام مقام مهر المثل غير موجود هنا ، والمقتضي وهو الالتحاق بأصل العقد موجود ، لكنهما يقولان المفتضى هو التسمية عند العقد ، وفيه بحث .

على مامر (وإن حطت عنه من مهرها صح الخط) لأن المهر بقاء حقها والخط بلاقيه حالة البقاء (وإذا خلا الرجل بامرأته وليس هناك مانع من الوطء ثم طلقها فلها كمال المهر) وقال الشافعي : لها نصف المهر لأن المعقود عليه إنما يصير مستوفى بالوطء فلا يتأكد المهر دونه .

وضع الأصل لإفادة قوله وكأن القاضي الإمام قاضيخان إنما أفتى بأنه لا يجب بالعقد الثاني شيء إلا إذا عني به الزيادة في المهر لما علم أن علة اعتبار العلانية فيما إذا جددًا ولم يشهدا كونه زيادة . لكن الأوجه الإطلاق . فإن ذلك يقتضي أن يسأل الزوجان عن مرادهما قبل الحكم ، وقد ينكر الزوج القصد وينفتح باب الخصومة من غير حاجة إلى ذلك ، لأنه إذا كان الثابت شرعا جواز الزيادة في المهر والكلام الثاني يعطيه صادرا من ميمر عاقل وجب الحكم بمقتضاه . بل يجب أنه لو ادعى الخزل به لا يقبل ما لم نقيم بينة على اتفاقهما على ذلك . نعم ويحال أيضا أنه يجب الألفان مع الألف السر فتجتمع عليه ثلاثة آلاف . لأن الأول قد ثبت وجوبه ثبوتاً لا مرد له . والمفروض له كون الثاني زيادة فيجب بكهاله مع الأول . ومن ثم ذكر في الدراية عن شرح الإسيبجاني : جدد على ألف آخر تثبت التسميتان عند أبي حنيفة ، وعندهما لا تثبت الثانية . وكذا لو راجع المطلقة بألف . وفي التوازل عن الفقيه أبي الليث : إذا جدد يجب كلا المهرين . ووجه من نقل لزوم الثاني فقط اعتبار إرادة الأول في ضمن الكلام الثاني لأن الظاهر كون المتصود تغيير الأول إلى الثاني . والذي يظهر من الجمع بين كلام القاضي والإطلاق المتصاهر عليه كون المراد بكلام الجمهور لزومه إذا لم يشهدا من حيث الحكم . ومراد القاضي لزومه عند الله في نفس الأمر . ولا شك أنما يلزم عند الله تعالى إذا قصدت الزيادة ، فأما إذا لم يقصدا حتى كانا هازلين في نفس الأمر فلا يلزم عند الله شيء حتى لا يطالب به في القيامة . ويلزم ذلك في حكم القاضي لأنه يؤاخذ به بظاهر لفظه إلا أن يشهدا على خلافه . وما قيل من أنه لا يجب المهر الثاني إلا إذا كانت قالت لا أرضى بالمهر الأول أو أبرأته . ثم قالت : لا أقيم معك بدون مهر . فأما إذا لم يكن هذا البساط فلا يجب الثاني قريب من قول القاضي ، وحاصله اعتبار قرينة إرادة الزيادة واختلافهم فيما إذا كان التجديد بعد هبتها المهر الأول أنه هل يكون وجوب الثاني على الخلاف أو أن الاتفاق على عدم وجوبه غير بعيد ، إذ قد يحال كون الزيادة تستدعي قيام المزيد عليه ، وبالهبة انتفى قيامه فلا يتحقق كون الثاني زيادة وهو المحقق لوجوبه . وقد يقال : إنما يستدعي دخوله في الوجود لابقائه إلى وقت الزيادة فصلح منشأ للخلاف في ثبوته على الخلاف أو عدم ثبوته بالاتفاق . وفي الفتاوى : امرأة وهبت مهرها من زوجها ثم إن زوجها أشهد أن لها عليه كذا من مهرها تكلموا فيه . واختار عند الفقيه أبي الليث أن إقراره جائز إذا قبلت . ووجهه في التجنيس بوجوب تصحيح التصرف ما أمكن وقد أمكن بأن يجعل كأنه زادها في المهر ، وإنما شرطنا القبول لأن الزيادة في المهر لا تصح إلا بقبول المرأة اهـ . والخلاف المشار إليه بقوله واختار فرع الخلاف الذي قبله لأنه في صورة هبتها المهر . والقيود وهو قبول المرأة صحيح لا يخالف المنقول عن أبي حنيفة ، وذلك لأن المنقول هو ما إذا حدا وعقدا ثانيا بأكثر مما يفيد اجتماعهما على الأمر الثاني ، وذلك يفيد قبولها الثاني بلا شبهة ، بخلاف هذه الصورة فإن المذكور فيها أن الزوج أقر أو أشهد ونحوه وهو لا يستلزم ذلك (قوله لأن المعقود عليه) وهو منافع البضع (إنما يصير مستوفى بالوطء) ولا يجب كمال البدل قبل الاستيفاء فلا

من غير فصل . وقوله (على مامر) يعني في المسئلة المتقدمة . قال (وإذا خلا الزوج بامرأته) هذا بيان أن الخلوة الصحيحة بمنزلة الدخول في حق لزوم كمال المهر وغيره عندنا . خلافا للشافعي فإنه يقول : لها نصف المهر (لأن المعقود عليه) وهو منافع البضع (إنما يصير مستوفى بالوطء فلا يتأكد المهر دونه لأن التأكد إنما يكون بتسليم

ولنا أنها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع وذلك وسعها فيتأكد حقها في البذل اعتبارا بالبيع (وإن كان أحدهما مريضا أو صائما في رمضان أو محرما بحج فرض أو نفل أو بعمرة أو كانت حائضا فليست الحلوة صحيحة)

يجب كمال المهر قبله (قوله ولنا أنها سلمت المبدل الخ) يتضمن منع توقف وجوب الكمال على الاستيفاء بل على التسليم (قوله اعتبارا بالبيع) والإجارة ، يعنى أن الموجب للبذل تسليم المبدل لاحقية استيفاء المنفعة كالبيع والإجارة الموجب فيهما التسليم وهو رفع الموانع والتخلى بينه وبين المسلم إليه وإن لم يستوف المشتري والمستأجر منفعة أصلا ، فكذا في المتنازع فيه يكون تسليم البضع بذلك بل أولى . وأما قوله تعالى - وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن - وقد فرضتم لهن فريضة - فالجواز فيه متحتم ، لأنه إن حمل المس على الوطء كما يقول فهو من إطلاق اسم السبب على المسبب . والأوجه أنه من إطلاق اسم المطلق على أخص بخصوصه ، وإن حمل على الحلوة كما نقول فن المسبب على السبب إذ المسبب عن الحلوة عادة وكل منهما ممكن . ويرجح الثاني بموافقة القياس المذكور والحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم « من كشف خمار امرأة أو نظر إليها وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل » رواه الدارقطني والشيخ أبو بكر الرازي في أحكامه . وقد يقال : يجب أن لا يعتبر هنا خلاف الأول مجاز الإجماع يعم الحقيقة ، والحلوة لاتصدق على الجماع فلا يكون المس مجازا فيها ، وإلا لزم أنه لو طلقها وقد وطئها بحضرة . الناس وجب نصف المهر لأنه طلقها قبل الحلوة ، والفرض أنها المراد بالمس في النص وهو باطل فلا يحمل على الحلوة . ويجاب بأن ثبوت الكمال في الصورة المذكورة بالإجماع للإجماع على أنه حينئذ تسليم المبدل مع ادعاء الإجماع على وجوب كماله بالحلوة ، كما نقله الشيخ أبو بكر الرازي في أحكامه حيث قال : هو اتفاق الصدر الأول . وحكى الطحاوى فيه إجماع الصحابة . وقال ابن المنذر : هو قول عمر وعلي وزيد بن ثابت وعبد الله بن عمر وجابر ومعاذ بن جبل رضى الله عنهم أجمعين . ويوافقه قوله تعالى - وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض - أوجب جميع المهر بالإفشاء وهو الحلوة لأنه من الدخول في النضاء قاله الفراء . وحينئذ فيكون وجوب نصفه بالطلاق قبل الحلوة الذى هو معنى النص مخصوصا أخرج منه الصورة التي أوردناها ، والدليل على وجود المخصص الإجماع المذكور . ومن فروع لزوم المهر بالحلوة لو زنى بامرأة فزوجه وهو على بطنها فعليه مهران : مهر بالزنا لأنه سقط الحد بالتزوج قبل تمام الزنا ، والمهر المسمى بالنكاح لأن هذا يزيد على الحلوة (قوله وإن كان أحدهما مريضا) شروع في بيان موانع صحة الحلوة ، وعبارة شرح الطحاوى فيه جامعة ، قال : الحلوة الصحيحة أن يخلو بها في مكان يأمنان فيه من اطلاع الناس عليها كدار وبيت دون الصحراء والطريق الأعظم والسطح الذى ليس على جوانبه سترة ، وكذا إذا كان السر رقيقا أو قصيرا بحيث لو قام إنسان يطلع عليهما يراها ، وأن لا يكون مانع من الوطء حسا ولا طبعيا ولا شرعا اهـ . ومن فصل الموانع ذكر منها الرق والقرن والعفل وأن تكون شعراء أو صغيرة لاتطبق الجماع أو هو صغير لا يقدر عليه . وقال بعضهم : إن كان يشهى وتتحرك آلتة ينبغي أن يجب عليه كمال المهر ، وإذا كان معهما ثالث استوى منعه لصحة الحلوة بين أن يكون بصيرا أو

المبدل وتسليمها بالوطء ولم يوجد (ولنا أنها سلمت) وتقديره أن الواجب لا يكون إلا مقدورا والمقدور للمرأة تسليم المبدل برفع الموانع وقد وجد منها ذلك فيتأكد حقها في البذل كما في البيع ، فإن التخلى فيه برفع الموانع تسليم يجب به تسليم الثمن على المشتري ، وأما ما ذكر أن المعقود عليه إنما يصير مستوفى بالوطء فمصحح لكن ذلك تسليم وليس في قدرة المرأة ذلك فلا تكون مكلفة بذلك . وقوله (وإن كان أحدهما مريضا) بيان لما يكون مانعا

حتى لو طلقها كان لها نصف المهر لأن هذه الأشياء موانع . أما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع أو يلحقه به ضرر ، وقيل مرضه لا يعرى عن تكسر وفطور . وهذا التفصيل في مرضها وصوم رمضان لما يلزمه من القضاء والكفارة ، والإحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء ، والحيض مانع طبعاً وشرعاً (وإن كان أحدهما صائماً تطوعاً فلها المهر كله) لأنه يباح له الإفطار من غير عذر في رواية المتقي ،

أعمى يقظان أو نائماً بالغاً أو صبياً يعقل ، لأن الأعمى يحس والنائم يستيقظ ويتناول ، فإن كان صغيراً لا يعقل أو مجنوناً أو مغمى عليه لا يمنع . وقيل المجنون والمغمى عليه يمنعان . وزوجته الأخرى مانعة إليه رجوع محمد ، والجوارى لا تمنع . وفي جوامع الفقه : جاريته تمنع بخلاف جاريته . وفي شرح المجمع : في أمته روايتان . والكلب العقور مانع ، وغير العقور إن كان لها منع أوله لا يمنع . وعندى أن كلبه لا يمنع وإن كان عقوراً ، لأن الكلب قط لا يتعدى على سيده ولا على من يمنعه سيده عنه . ولو سافر بها فعدل عن الجادة بها إلى مكان خال فهي صحيحة ، ولا تصح الخلوة في المسجد والحمام . وقال شذاد : إن كانت ظلمة شديدة صحت لأنها كالساتر . وعلى قياس قوله تصح على سطح لاساير له إذا كانت ظلمة شديدة . والأوجه أن لا تصح لأن المانع الإحساس ولا يختص بالبصر ، ألا ترى إلى الامتناع لوجود الأعمى ولا إبصار للإحساس . ولا تصح في بستان ليس له باب ، وتصح في محمل عليه قبة مضروبة وهو يقدر على وطئها وإن كان نهاراً والحجلة والقبعة كذلك . ولو كانا في مخزن من خان يسكنه الناس فرد الباب ولم يغلقه والناس قعود في وسطه غير مترصدين لنظرهما صحت ، وإن كانوا مترصدين لا تصح ، وهذه الموانع من قبيل الحسي . ولو دخلت عليه فلم يعرفها ثم خرجت أو دخل هو عليها ولم يعرفها لا تصح عند أبي الليث ، وتصح عند الفقيه أي بكر ، وكذا لو كانت نائمة ، ولو عرفها هو ولم تعرفه هي تصح .

سـ [فرعان] الأول : لو قال إن خلوت بك فأنت طالق فخلا بها طلقت ويجب نصف المهر . الثاني : للزوج أن يدخل بزوجه إذا كانت تطيق الجماع من غير تقدير . وقد قدر بالبلوغ والتسع . واعلم أن أصحابنا أقاموا الخلوة الصحيحة مقام الوطء في حق بعض الأحكام تأكد المهر وثبوت النسب والعدة والنفقة والسكنى في مدة العدة ومراعاة وقت طلاقها ولم يقيموها مقامه في الإحصان ، وحلها للأول والرجعة والميراث ، وحرمه البنات . يعني إذا خلا بالمطلقة الرجعية لا يصير مراجعاً . وإذا خلا بامرأة ثم طلقها لا تحرم بناتها ولا يرث منها لو ماتت في العدة للاحتياط الواجب في هذه الأحكام . وفي شرح الشافعي ذكر تزوج البنت على عكس هذا فقيه خلاف . وأما في حق وقوع طلاق آخر فقيه روايتان ، والأشبه وقوعه لأن الأحكام لما اختلفت في هذا الباب وجب أن يقع احتياطاً (قوله وهذا التفصيل في مرضها) قال الصدر الشهيد : وهو الصحيح

عن الخلوة حسياً كان أو شرعياً . وقوله (وقيل مرضه) حاصله أن المرض في جانبها يتنوع بلا خلاف ، وأما المرض من جانبها فقد قيل إنه أيضاً يتنوع ، وقيل إنه غير متنوع وإنه يمنع صحة الخلوة على كل حال ، وجميع أنواعه في ذلك على السواء . قال الصدر الشهيد : هو الصحيح . ووجهه ما قال المصنف مرضه (لا يعرى عن تكسر وفطور) وقوله (وإن كان أحدهما صائماً تطوعاً فلها المهر كله لأنه يباح له الإفطار) اعترض عليه بأنه ينبغي أن لا يلزمه كل المهر لأنه يلزمه القضاء على تقدير الإفساد فلا تكون الخلوة صحيحة كما في قضاء رمضان . وأجيب بأن لزوم القضاء في التطوع عندنا لضرورة صيانة المؤدى عن البطالة ، والثابت بالضرورة بتقدير بقولها فلا

وهذا القول في المهر هو الصحيح . وصوم القضاء والمنذور كالتطوع في رواية لأنه لا كفارة فيه ، والصلاة بمنزلة الصوم فرضها كفرضه ونفلها كنفله (وإذا خلا المحبوب بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند أبي حنيفة ، وقالوا عليه نصف المهر) لأنه أعجز من المريض ، بخلاف العنين لأن الحكم أدير على سلامة الآلة . ولأبي حنيفة أن المستحق عليها التسليم في حق السحق وقد أتت به . قال (وعليها العدة في جميع هذه المسائل) احتياطا استحسانا لتوهم الشغل ، والعدة حق الشرع والولد

(قوله وهذا القول) أي رواية المنتقى في حق كمال المهر هو الصحيح دفعا للضرر عنها ، أما في حق جواز الإفطار فالصحيح غيرها ، وهو أنه لا يباح إلا بعذر ، وقد قدمنا في كتاب الصوم بحثا أن رواية المنتقى في جواز الإفطار بلا عذر ثم وجوب القضاء أقعد بالدليل من ظاهر الرواية وقول المصنف هو الصحيح احتراز عن رواية شاذة عن أبي حنيفة أنه يمنع لأنه يمنع الجماع ويجعله آثما لما فيه من إبطال العمل (قوله أدير على سلامة الآلة) يعطى أن خلوة الحصى صحيحة وهو كذلك بالاتفاق (قوله والعدة واجبة في جميع هذه المسائل) أي عند صحة الخلوة وفسادها بالموانع المذكورة احتياطا لتوهم الشغل نظرا إلى التمكن الحقيقي ، وكذا في المحبوب لقيام احتمال الشغل بالسحق ، ولذا يثبت نسب الولد منه عند أبي سلمان . وذكر التمرناشي إن علم أنه ينزل يثبت وإن علم بخلافه فلا وعليها العدة ، والأول أحسن ، وعلم القاضي بأنه ينزل أو لا ربما يتعذر ، أو يتعسر . قال العتاني : تكلم مشايخنا في العدة الواجبة بالخلوة الصحيحة أنها واجبة ظاهرا أو حقيقة ؛ فليل لو تزوجت وهي متيقنة بعدم الدخول حل لها ديانة لا قضاء . وقوله (والعدة حق الشرع) ولذا لا تسقط لو أسقطها ولا يحل لها الخروج ولو أذن لها الزوج ، وتداخل العدتان ولا يتداخل حق العبد (والولد) أي وحق الولد ولذا قال صلى الله عليه وسلم « لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن

يعد وإلى إفساد الخلوة ، بخلاف قضاء رمضان فإن لزوم قضائه ليس كذلك بل هو فرض مطلق فكان أثره عاما . وقوله (وهذا القول في المهر هو الصحيح) أي الأخذ برواية المنتقى في حق كمال المهر دفعا للضرر عنها هو الصحيح . وأما في حق جواز الإفطار فالصحيح غير رواية المنتقى . وهو أنه لا يباح الإفطار بغير عذر . وحاصله أن المأخوذ في حق كمال المهر رواية المنتقى ، وفي حق جواز الإفطار الرواية الأخرى ، واحتراز بقوله هو الصحيح عن رواية شاذة عن أبي حنيفة وهي أن صوم التطوع يمنع صحة الخلوة لأنه يمنع عن الوطء شرعا لما فيه من إبطال العمل الموثم . وقوله (وإذا خلا المحبوب) المحبوب هو الذي استؤصل ذكره وخصياه من الحب وهو القطع إذا خلا المحبوب (بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند أبي حنيفة وقالوا : عليه نصف المهر لأنه أعجز من المريض) لوجود آلة الجماع في المريض وقد يجمع بخلاف المحبوب ، والمرض مانع عن الخلوة فالجلب أولى (بخلاف العنين) فإن الوقوف على حقيقة العنة متعذر وسلامة الآلة وجود السبب إلى الوطء إذ الأصل السلامة في الوصف أيضا فيدار الحكم عليه (ولأبي حنيفة أن المستحق عليها التسليم في حق السحق) لأنه وسع مثلها في هذه الحالة وقد أتت بما وجب عليها ، وأما عدم التسليم فذلك ليس من جهتها كما تقدم (وعليها العدة في جميع هذه المسائل) يعنى فيها إذا كانت الخلوة صحيحة أو فاسدة (احتياطا استحسانا لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد) أما أنها حق الشرع فيدل عليه أن الزوجين لا يملكان إسقاطها والتداخل يجري فيها . وحق العبد لا يتداخل ، وأما أنها حق

(قوله وقوله وهذا القول في المهر هو الصحيح ، إلى قوله : دفعا للضرر عنها هو الصحيح ، أما في حق جواز الإفطار فالصحيح غير رواية المنتقى ، وهو أنه لا يباح الإفطار من غير عذر) أقول : لعل هذا يجعل عذرا في إباحة الإفطار ، فليتأمل في هذا المقام فإنه لا يخلو عن الكلام

فلا يصدق في إبطال حق الغير ، بخلاف المهر لأنه مال لا يحنط في إيجابه . وذكر القدوري في شرحه أن المانع إن كان شرعيا كالصوم والحيض تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة . وإن كان حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب لانعدام التمكن حقيقة . قال (وتستحب المتعة لكل مطلقة إلا المطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول بها وقد سمي لها مهرا) وقال الشافعي : تجب لكل مطلقة إلا لهذه لأنها وجبت صلة من الزوج لأنه أوحشها

يسقى ماءه زرع غيره » فلا يصدق أن في إبطالها باتفاقهما على عدم الوطء (بخلاف المهر لأنه مال فلا يحنط في إيجابه) غير أن في وجه الاستدلال بالحديث على أنها حق الولد تأملا (قوله وذكر القدوري في شرحه) مختصر الكرخي (أن المانع إن كان شرعيا تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة . وإن كان حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب لانعدام التمكن حقيقة) فكان كالطلاق قبل الدخول من حيث قيام اليقين لعدم الشغل . وما قاله قال به الترمذى وقاضيه خان ، ويؤيد ما ذكره العتاني إلا أن الأوجه على هذا أن يخص الصغر بغير القادر والمرض بالمدنف لثبوت التمكن حقيقة في غيرهما . واعلم أن المراد بوجوب العدة بالخلوة إنما هو في النكاح الصحيح . أما النكاح الفاسد فلا تجب العدة بالخلوة فيه بل بحقيقة الدخول (قوله وتستحب المتعة لكل مطلقة إلا المطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول وقد سمي لها مهرا) وفي كل من الصدر والاستثناء إشكال . أما الأول فإن المطلقة قبل الدخول التي لم يسم لها مهرا داخلة في عمومها والمتعة واجبة لها . وأما الثاني فالمطلقة قبل الدخول المفروض لها ذكر في الميسوط والمحيط والمختلف والحصر أن المتعة تستحب لها . وأجيب عن الأول أن الاستحباب مستعمل في أعم من الوجوب : يعني أنه بالمعنى اللغوي أو هو عام مخصوص بالصورة السابقة . وقرينة التخصيص هو تقدم ذكرها فكأنه قال : وتستحب لكل مطلقة غير تلك . وعن الثاني أنه قول القدوري تبعه فيه . وفي بعض مشكلات القدوري المتعة أربعة أقسام : واجبة وهي ما تقدم . ومستحبة وهي التي طلقها بعد الدخول ولم يسم لها مهرا . وسنة وهي التي طلقها بعد الدخول وقد سمي لها المهر . والرابعة ليست بواجبة ولا سنة ولا مستحبة وهي التي طلقها قبل الدخول وقد سمي لها مهرا لأن نصف المهر ثابت لها فيقوم مقام المتعة . وقيل الصحيح أن هنا تغييرا وقع من الكاتب ، فذكر بعضهم أن في بعض النسخ ولم يسم لها مهرا ، ونقل في الدراية ضبطه كذلك عن غير واحد (قوله وقال الشافعي رحمه الله : تجب لكل مطلقة إلا لهذه) وعن أحمد رواية كقوله ورواية كقولنا وتقدم تفصيل مالك .

الولد فلقوله عليه الصلاة والسلام « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقى ماءه زرع غيره » والمقصود منه رعاية نسب الولد وهو حقه (فلا يصدق) المرأة (في إبطال حق الغير) بقولها لم يطأني . وقيل معناه فلا يصدق الزوج في إبطال حقها بقوله لم أطأها (بخلاف المهر) فإنه لا يجب بالخلوة الفاسدة (لأنه مال لا يحنط في إيجابه) قوله (وذكر القدوري في شرحه) أي شرح مختصر الكرخي وكلامه واضح . قال (وتستحب المتعة لكل مطلقة إلا المطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول بها وقد سمي لها مهرا . وقال الشافعي : تجب لكل مطلقة إلا لهذه) التركيب على هذا الوجه هو الذي وقع في النسخ الصحيحة الموثوق بها ، وهو كما ترى يقتضي أن لا تكون المتعة واجبة للمفوضة الغير المدخول بها لدخولها في قوله لكل مطلقة وهو يناقض ما تقدم من قوله ثم هذه المتعة

(قوله فلا يصدق الزوج في إبطال حقها بقوله الخ) أقول : فيه أنه لا يناسب القياس ، والأظهر عندي فلا يصدق واحد منهما في إبطال حق الغير وهو الشرع والولد .

بالفراق . إلا أن في هذه الصورة نصف المهر طريقة المتعة لأن الطلاق فسخ في هذه الحالة والمتعة لا تتكرر ،

وجه قول الشافعي أنها في المطلقة قبل الدخول والتسمية واجبة اتفاقاً بالنص . وأما في المدخول بها فلأن وجوب المتعة الواجبة في صورة عدم التسمية للإيجاش بالطلاق . وما سلم لها من المهر ليس في مقابلته بل في مقابلة البضع فتجب دفعا للإيجاش . وأما التي لم يدخل بها وقد سمي لها فوجوب نصف المهر الثابت لها بقوله تعالى - وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم - بطريق المتعة : أي بطريق إيجاب المتعة في غيرها . وهو جبر صدع الإيجاش لا المهر لعدم استيفاء منافع بضعها فلا تجب متعة أخرى . وإلا تكررت . وقوله فسخ مجازاً لأنه وقع طلاقاً حتى انتقص به عدد الطلاق ، لكنه كالفسخ من جهة أنه كالحالة السابقة على النكاح بسبب عود المعقود عليه سالماً إليها فلا يلزم كون ما ذكر على قول من قال يسقط كل المهر بهذا الطلاق لأنه فسخ ، ثم يجب بطريق المتعة مخالفاً لقول الحنفين إنه يبقى نصف المهر ويسقط نصفه بالنص . وله أيضاً قوله تعالى - وللمطلقات متاع بالمعروف حتماً على المتقين - خص منها تلك المطلقة بنص - فنصف ما فرضتم - جعله تمام حكمها ، وبه يحمل قوله تعالى - إذا نكحتم المؤمنات - إلى قوله - فتعوهن - على غير المفروض لها لعقوبة أن نصف مهرها

واجبة ، ويقتضى أن لا تكون المتعة للمستثناة مستحبة لأنه استثنائها من الاستحباب ، وقد صرح باستحبابها لها في المبسوط والمحيط والحصص . وزاد الفقهاء وجامع الإسيدي ، ويقتضى أن لا تكون المتعة واجبة للمستثناة عند الشافعي لأنه استثنائها من الوجوب ، وذكر في الحصر أنها واجبة عنده لهذه المستثناة أيضاً . وإذا عرفت هذا فاعلم أن معنى كلامه : وتستحب المتعة لكل مطلقة غير التي ذكرناها من قبل إلا المطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج الخ . وهو اختيار القدوري . فإنه ذكر في شرحه أن المتعة واجبة ومستحبة . فالواجبة التي طلقها قبل الدخول والتسمية . والمستحبة لكل مطلقة إلا التي طلقها قبل الدخول وقد سمي لها مهرًا وقد وقع اختياره موافقا لرواية التحفة ومخالفاً للكتب المذكورة . وأما الشافعي فله في المستثناة قولان : في قوله القديم تجب وهو الذي ذكره صاحب الحصر . وفي الجديد لا تجب وهو الذي ذكره في الكتاب وهو أصح القولين ، فعلى هذا كانت المتعة عندنا على ثلاثة أقسام : واجبة ، ومستحبة ، وغير مستحبة . لأن المطلقة إما أن تكون ملموسة أو لا ، فإن لم تكن فيما أن يكون مهرها مسمى أولاً ، فإن لم يكن فهي التي وجبت لها المتعة ، وإن كان فهي المستثناة التي لا تستحب لها المتعة . وإن كانت ملموسة سواء كان مهرها مسمى أو لم يكن تستحب لها المتعة . وعند الشافعي هي تنقسم إلى واجبة وإلى غيرها . واستدل له في الكتاب بقوله (لأنها وجبت) وهو دليل على وجوبها لكل مطلقة وعلمه للمستثناة . وتقريره : المتعة وجبت صلة من الزوج لإيجاشها بالفراق . وكل ما كان كذلك يجب لكل من أوحشت به ، فالمتعة تجب لكل مطلقة لأنها أوحشت بالفراق (إلا أن في هذه الصورة) يعني المستثناة (نصف المهر يجب بطريق المتعة لأن الطلاق فسخ) معنى (في هذه الحالة) لعود مالها إليها سالماً ، وذلك يقتضى سقوط المهر كله كما في فسخ البيع . لكن الشرع أوجب نصف المهر بطريق المتعة (والمتعة لا تتكرر) فلا تجب المتعة لهذه المطلقة وتجب لغيرها ، وإنما قال : وجبت صلة احترازاً عن قولنا إن المهر عوض والمتعة خلف عنه . والفائدة تظهر في مسئلتين : إحداهما أن المطلقة بعد الدخول بها لا تستحق المتعة عندنا لأنها قد استحققت عوض منافع البضع مرة فلا تستحق غيره ، وعنده تستحق لأنها وجبت صلة بسبب الإيجاش فيجب المهر لاستيفاء منافع البضع والمتعة لوحشة الفراق . والثانية أن المتعة لا تتراد على نصف المهر عندنا لثلا يزيد الخلف على الأصل . وعنده تتراد .

(ولنا أن المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة لأنه سقط مهر المثل ووجبت المتعة ، والعقد يوجب العوض فكان خلفا والخلف لا يجمع الأصل ولا شيئا منه)

بطريق المتعة (قوله ولنا أن المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة) بكسر الواو المشددة وقع به السماع لأنها مفوضة أمر نفسها لوليها وللزوج ، ويجوز فتحها : أي فوضها وليها للزوج وهي التي زوجت بلا مهر مسمى . وحاصله منع كون علة الوجوب في الأصل وهي المفوضة الإباحش ، وأبطل مناسبتها للعلة آخر بقوله وهو غير جان في الإباحش لأنه بإذن الشرع بل الوجوب فيها تعويض عما كان واجبا لها من نصف مهر المثل لأنه أقرب إلى فهم من علم أنه تعالى أسقط ما كان واجبا لها ثم أوجب لها شيئا آخر مكانه ، وعلم أن لاجنانية في الطلاق بل قد يكون مستحبا في التي لا تصل والفاجرة ، ولا سقوط في المدخول بها مطلقا فلا يجب لانتفاء العلة المساوية ، ولا نسلم أن ما سلم للمدخول بها في مقابلة البضع بل بقبولها العقد على نفسها الملصق به المال في قوله تعالى - أن تدفوا بأموالكم محصنين - ولهذا كان لها المطالبة به قبل الدخول . غير أن بالدخول يتقرر ما كان على شرف السقوط وقوله تعالى - وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين - إما أن اللام للعهد الذكري في المطلقات التي لم يسم لهن مهر لأنهن تقدم ذكرهن بقوله تعالى - لاجناح عليكم إن طلقتن النساء ما لم تمسوهن أو تنرضوا هن فريضة - ثم قال - ومتعهن - أو يراد بمتعهن إيجاب نفقة العدة وكسوتهما ، وأما غير المدخول بها المسمى لها فحل الاتفاق ،

(ولنا أن المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة) لوجود حد الخلف لأن مهر المثل سقط بالطلاق قبل الدخول ووجبت المتعة ، والحال أن العقد يوجب العوض لا ينفك عنه لقوله تعالى - أن تدفوا بأموالكم - على ما عرف في الأصول ، فكان وجوب المتعة مضافا إلى العقد بعد مهر المثل ، ولا يعني بالخلف إلا ما يجب بعد سقوط شيء مضافا إلى سبب ذلك الشيء كالتييم مع الوضوء فثبت أنها خلف (والخلف لا يجمع الأصل) فالمتعة لا تجتمع مهر المثل ولا شيئا متصلا به ككل المفروض عند الطلاق بعد الدخول أو بعض المفروض عنده قبله . واعلم أنه قيل في توجيه كلامه : إن المراد بالأصل كل المفروض ، كما إذا كان بعد الدخول والتسمية ، وبقوله شيئا منه نصف المفروض كما إذا كان قبل الدخول وبعد التسمية ، وفيه نظر لأنه حينئذ يكون منقطعاً عن الكلام الأول وهو قوله المتعة خلف عن مهر المثل ، فإن قياسه هكذا المتعة خلف عن مهر المثل ، والخلف لا يجمع الأصل فالمتعة لا تجتمع الأصل وهو مهر المثل ، وليس في ذلك ذكر التسمية كما ترى ، وليس المدعى إلا عدم وجوب المتعة مع وجوب المسمى أو بعضه ومع وجوب مهر المثل . فالصواب أن يقال : الأصل هو مهر المثل والمتعة لا تجامعه وجوبا ، والمراد بقوله ولا شيئا منه المسمى وبعضه ومن هي من المتصلة كما في قوله تعالى - والمنافقون والمنافقات بعضهم من بعض - أي بعضهم متصل ببعض ، فيكون معناه والخلف وهو المتعة لا يجمع الأصل وجوبا وهو مهر المثل إذا طلقها بعد الدخول من غير تسمية ولا يجمع شيئا متصلا بالأصل وهو كل المسمى بعد الدخول وبعضه قبله ، ويكون قوله ولا شيئا منه ملحقا بالثابت بالقياس المتقدم لأنه من نتيجته لأنه لم يذكر في مقدماته ، لكنه لما كان متصلا به الحق بحكمه ، ومعنى الاتصال بين مهر المثل والمسمى أن كلا منهما

(قال المصنف : ولا شيئا منه) أقول : لفظة من في قوله منه هي الاتصالية : أي ولا شيئا متصلا به ككل المفروض عند الطلاق بعد الدخول

فلا تجب مع وجوب شيء من المهر ، وهو غير جان في الإيجاش فلا تلحقه الغرامة به فكان من باب الفضل (وإذا زوّج الرجل بنته على أن يزوجه الآخر بنته أو أخته ليكون أحد العقدین عوضاً عن الآخر فالعقدان جائزان ، ولكل واحدة منهما مهر مثلها) وقال الشافعي : بطل العقدان لأنه جعل نصف البضع صداقاً والنصف منكوحة ، ولا اشتراك في هذا الباب فبطل الإيجاب . ولنا أنه سمي مالا يصلح صداقاً فيصح العقد ويجب مهر المثل ، كما إذا سمي الخمر والخزير ولا شركة بدون الاستحقاق

ولما أثبتنا الاستحباب في المدخولات لقوله تعالى - أمتعن وأسرحكن سراحاً جميلاً - وهن مدخولات (قوله وإذا زوّج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته أو أخته ليكون أحد العقدین عوضاً عن الآخر) أي صداقاً فيه ، ولما قيد به لأنه لو لم يقل على أن يكون بضع كل صداقاً للآخرى أو معناه بل قال زوّجتك بنتي على أن تزوّجني بنتك ولم يزد عليه فقبل جاز النكاح اتفاقاً ولا يكون شغاراً . ولو زاد قوله على أن يكون بضع بنتي صداقاً لبنتك فلم يقبل الآخر بل يزوجه بنته ولم يجعلها صداقاً كان نكاح الثاني صحيحاً اتفاقاً والأول على الخلاف ، ثم حكم هذا العقد عندنا صحته وفساد التسمية فيجب فيه مهر المثل . وقال الشافعي رحمه الله : بطل العقد بالمنقول والمعقول . أما الأول فحديث عمر رضي الله عنه أخرجه الستة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن نكاح الشغار » وهو أن يزوّج الرجل ابنته أو أخته من الرجل على أن يزوجه ابنته أو أخته وليس بينهما صداق . والنهي يقتضي فساد المنهي عنه ، والفساد في هذا العقد لا يفيد الملك اتفاقاً . وعنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا شغار في الإسلام » والنفي رفع لوجوده في الشرع وعرف منه التعدى إلى كل ولي يزوّج موليته على أن يزوجه الآخر موليته ، كسيد

يقع أمثالاً لما هو المهر عند الله وبيان له كما عرف في الأصول ، ويعضد هذا قوله في آخر كلامه (فلا تجب مع وجوب شيء من المهر) لتناول مهر المثل وكل المسمى وبعضه ، هذا الذي سنح لي في حل هذا الموضوع ، والله أعلم . وقوله (وهو غير جان) جواب عن قوله أوحشها بالفراق . وتقريره : سلمنا أنه أوحشها بالفراق لكنه لم يكن في الإيجاش جانياً لأنه فعل ما قبل بإذن الشرع (فلا تلحقه الغرامة) بوجوب المتعة (فكان) المتعة بتأويل المتاع (من باب الفضل) أي الاستحباب . قال (وإذا زوّج الرجل ابنته) وإذا زوّج رجلان كل منهما بنته أو أخته للآخر بشرط أن يزوجه الآخر بنته أو أخته صح النكاح عندنا ولكل منهما مهر المثل ، ويسمى هذا النكاح نكاح الشغار من الشغور وهو الرفع والإخلاء ، وسمي به لأنهما بهذا الشرط كأنهما رفعاً المهر وأخليا البضع عنه . وقال الشافعي : النكاحان باطلان لأنه جعل نصف البضع صداقاً والنصف منكوحة ، لأنه لما جعل ابنته منكوحة الآخر وصداق ابنته اقتضى ذلك انقسام منافع بضعها عليهما نصفين ، فيصير النصف للزوج بحكم النكاح والنصف لبنته بحكم المهر فيلزم الاشتراك ، والاشتراك في هذا الباب مبطل للإيجاب (ولنا أنه سمي مالا يصلح صداقاً) وكل ما كان كذلك صح العقد فيه ووجب مهر المثل (كما إذا سمي الخمر والخزير) وقوله (ولا شركة بدون الاستحقاق) جواب الخصم . وبيانه أن البضع لما لم يصلح صداقاً لم يتحقق الاشتراك لأن منافع بضع المرأة

أو بعض المفروض عنه قبله (قال المصنف : ليكون أحد العقدین عوضاً عن الآخر) أقول : أراد بالعقد المعقود عليه والبضع . قال ابن الهمام : ولما قيد به لأنه لو لم يقل على أن يكون بضع كل صداقاً للآخرى أو معناه بل قال زوّجتك بنتي على أن تزوّجني بنتك ولم يزد عليه فقبل جاز النكاح اتفاقاً ولا يكون شغاراً ، ولو زاد قوله على أن يكون بضع بنتي صداقاً لبنتك فلم يقبل الآخر بل يزوجه بنته ولم يجعلها

(وإن تزوج حر امرأة على خدمته إياها سنة أو على تعليم القرآن فلها مهر مثلها . وقال محمد : لها قيمة خدمته . وإن تزوج عبد امرأة بإذن مولاه على خدمته سنة جاز ولها خدمته) وقال الشافعي : لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين لأن ما يصح أخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرا عنده لأن بذلك تتحقق المعاوضة . وصار كما إذا تزوجها على خدمة حر آخر أو على رعي الزوج غنمها . ولنا أن المشروع هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذلك المنافع على أصلنا

الأمة يزوج أمته على أن يزوجه الآخر موليته كذلك . وأما الثاني فإن كل بضع صداق حينئذ ومنكوح فيكون مشتركا بين الزوج ومستحق المهر وهو باطل : والإطنا ب في تقريره مستغنى عنه : والجواب عن الأول أن متعلق النهي والنفي مسمى الشغار ومأخوذ في مفهومه خلوه عن الصداق وكون البضع صداقا ، ونحن قائلون بنفي هذه المساهية وما يصدق عليها شرعا فلا تثبت النكاح كذلك . بل نبطله فيبقى نكاحا سمي فيه مالا يصلح دهرًا فينقصد موجبا لمهر المثل كالنكاح المسمى فيه خمر أو خنزير ، فما هو متعلق النهي لم تثبت وما أثبتناه لم يتعلق به بل اقتضت العمومات صحته : أعني ما يفيد الانعقاد بمهر المثل عند عدم تسمية المهر وتسمية مالا يصلح مهرا ، فظهر أننا قائلون بموجب المنقول حيث نفيناها ولم نوجب البضع مهرا . وعن الثاني بتسليم بطلان الشركة في هذا الباب ونحن لم نثبت إذ لا شركة بدون الاستحقاق ، وقد أبطلنا كونه صداقا فبطل استحقاق مستحق المهر نصفه فبقى كله منكوحا في عقد شرط فيه شرط فاسد ولا يبطل به النكاح ، بخلاف مالهو زوجت نفسها من رجلين فإن بطلان الاشتراك فيه لا يستلزم بطلان النكاح وإنما استلزمه عدم موجب التعيين لعدم الأولوية (قوله وإن تزوج حر امرأة على خدمته شهرا أو سنة فلها مهر مثلها . وقال محمد في الجامع : لها قيمة خدمته سنة) ولم يذكر القدوري خلافا . واختلف في قول أبي يوسف ؛ فقال الهندواني : ينبغي أن يكون مع محمد ، وقال بعض المشايخ مع أبي حنيفة ، وهو الأظهر وإلا لم يقتصر على خلاف محمد في الجامع الصغير (قوله وقال الشافعي : لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين) أي وجهي حرية الزوج وعبديته (قوله وكذا المنافع على أصلنا) قصر النظر على هذه النكحة يوجب أن لا يصبح تسمية شيء من المنافع ، وملاحظة قوله وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته وهي مال

لا تصلح أن تكون مملوكة لامرأة أخرى فبقى هذا شرطا فاسدا والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة (وإن تزوج حر امرأة على خدمته لها سنة أو على تعليم القرآن صحح النكاح ولها مهر المثل . وقال محمد : لها قيمة خدمته سنة وإن تزوج عبد امرأة بإذن مولاه على خدمته لها سنة جاز ولها الخدمة ، وقال الشافعي : لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين) يعني سواء كان عبدا أو حرا (لأن ما يصح أخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرا) لأن المعاوضة تتحقق بذلك ، والتعليم والخدمة كذلك لأنه إذا استأجر شخصا على تعليم القرآن أو الأذان أو الإقامة جاز عنده (فصار كما إذا تزوجها على خدمة حر آخر أو على رعي الزوج غنمها . ولنا أن المشروع) في عقد النكاح (هو الابتغاء بالمال) لقوله تعالى - أن تبتغوا بأموالكم - (والتعليم ليس بمال) فلا يكون الابتغاء به مشروعاً (وكذلك المنافع على أصلنا) لأنها لا تبقى زمانين ، والموتول يعتمد البقاء زمانين فلا تكون الخدمة مالا فلا يكون الابتغاء به

صداقا كان نكاح الثاني صحيحا اتفاقا ، والأول على الخلاف اهـ . فعلى هذا كان الظاهر أن يقول : ليكون كل من المقدين عوضا عن الآخر وقبله الزوج كما لا يخفى (قال المصنف : وإن تزوج عبد امرأة بإذن مولاه على خدمته سنة جاز) أقول : الأول تأخير قوله بإذن مولاه عن

وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته ولا كذلك الحر ، ولأن خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح لما فيه من قلب الموضوع ، بخلاف خدمة حر آخر برضاه لأنه لا مناقضة ،

يقتضى جواز جميع منافع الأعيان ما خلا خدمة الحر ، ويوافقها عموم مفهوم قوله ولا كذلك الحر ، وهذا موافق لما في جامع قاضيه خان وشرح الشافى لنجم الدين عمر النسفى . وما قال فى البدائع : لو تزوجها على سائر منافع الأعيان سكنى داره وخدمة عبده وركوب دابته والحمل عليها وزراعة أرضه : يعنى أن تزوج على أرضه ونحوها من منافع الأعيان مدة معلومة صحت التسمية لأن هذه لمنافع أموال أو ألحقت بالأموال شرعا فى سائر العقود لمكان الحاجة إليها والحاجة فى النكاح متحققة وإمكان الدفع ثابت بتسليم محلها إذ ليس فيه استخدام المرأة زوجها يفيد جواز تسمية خدمة الحر وهو الصحيح . وفى الغاية معزيا إلى المحيط : لو تزوجها على خدمة حر آخر فالصحيح صحت ترجع على الزوج بقيمة خدمته ، وهذا يشير إلى أنه لا يخدمها ، فلما لأنه أجنبي فلا يؤمن الانكشاف عليه مع مخالطته للخدمة ، وإما أن يكون مراده إذا كان بغير أمر ذلك الحر ولم يميزه . وأنت إذا تأملت تعليل محمد رحمه الله وجوب قيمة الخدمة بأن المسمى مال إلا أنه عجز عن التسليم للمناقضة وتعليلها نفي ماليتها بعدم استحقاقه فى هذا العقد بحال المفيد أنه لو استحق تسليمه الحق بالأموال لكن انتفى ذلك للزوم المناقضة لا تكاد تتوقف فى صحة تسمية خدمة حر آخر ، ثم بعد هذا يجب أن ينظر ، فإن لم يكن بأمره ولم يميزه وجب قيمتها ، وإن كان بأمره ، فإن كانت خدمة معينة تستدعى مخالطة لا يؤمن معها الانكشاف والفتنة وجب أن تمنع وتعطى هى قيمتها أو لا تستدعى ذلك وجب تسليمها ، وإن كانت غير معينة بل تزوجها على منافع ذلك الحر حتى تصبح أحق بها لأنه أجبر وحده ، فإن صرفته فى الأول فكالأول ، أو فى الثانى فكالثانى ، وقد أزال المصنف آخر ١ بقوله بخلاف خدمة حر آخر فإنه لا مناقضة . والحاصل أن ما هو مال أو منفعة يمكن تسليمها شرعا يجوز الزوج عليها ، وما لا يجوز كخدمة الزوج الحر للمناقضة أو حر آخر فى خدمة تستدعى خلوة للفتنة وتعليم القرآن لعدم استحقاق الأجرة على ذلك كالأذان والإمامة والحج . وعند الشافعى : يجوز أخذ الأجرة على هذه فصيح تسميتها . واختلفت الروايات فى رعى غنمها وزراعة أرضها للتردد فى تمحضها خدمة وعدمه ، وكون الأوجه الصحة لقص الله سبحانه قصة شعيب وموسى عليهما السلام من غير بيان نفيه فى شرعنا إنما يلزم لو كانت الغنم ملك البنات دون شعيب وهو

مشروعا (وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته العبد) كما فى الإجارة (ولا كذلك الحر) وعلى هذه النكته يمنع جواز النكاح على خدمة حر آخر ورعى الغنم ، ولأن خدمة الزوج لا تستحق بعقد النكاح (لما فيه من قلب الموضوع) لأن عقد النكاح يقتضى أن تكون المرأة خادمة والزوج مخلوما لقوله عليه الصلاة والسلام « النكاح رقب » وفى جعل خدمة الزوج مهرها لها كون الرجل خادما والمرأة مخلومة وذلك خلاف موضوع النكاح بلا خلاف (بخلاف خدمة حر آخر برضاه) فإنه يصح أن يكون مهرها لأنه يسلم فيه رقبته كالمستأجر ، ولا مناقضة

قوله على خدمته سنة (قوله لتضمنه تسليم رقبته العبد) أقول : الذى هو المال (قوله ولا كذلك الحر) أقول : فإن رقبته ليست بمال (قوله وعلى هذه النكته تمنع جواز النكاح على خدمة حر آخر ورعى الغنم) أقول : ويدل على ذلك إطلاق قوله ولا كذلك الحر .

وبخلاف خدمة العبد لأنه يخدم مولاه معنى حيث يخدمها بإذنه وبأمره، وبخلاف رعى الأغنام لأنه من باب القيام بأمور الزوجية فلا مناقضة على أنه ممنوع في رواية ، ثم على قول محمد تجب قيمة الخدمة لأن المسمى مال إلا أنه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالتزوج على عبد الغير ، وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله يجب مهر المثل لأن الخدمة ليست بمال إذ لا تستحق فيه بحال فصار كتسمية الحمر والخزير ،

منتف (قوله وبخلاف رعى الأغنام الخ) يعنى أنه لم يتمحض خدمة لها إذ العادة اشترك الزوجين في القيام على مصالح مالهما : أى بأن يقوم كل بمصالح مال الآخر (على أنه ممنوع في رواية) في الدراية ، بخلاف رعى الغنم والزراعة حيث لا يجوز على رواية الأصل والجامع وهو الأصح : يعنى على أن يزرع لها أرضها ، ويجوز على رواية ابن سبعة لأنه ليس من باب الخدمة لما ذكرنا ، ألا يرى أن الابن إذا استأجر أباه للخدمة لا يجوز . ولو استأجره للرى والزراعة يصح اهـ .

[فروع] وإذا أعتق أمة وجعل عتقها صداقها كأن يقول أعتقتك على أن تزوجني نفسك بعوض العتق فقبلت صح العتق وهى بالخيار في تزوجه ، فإن تزوجته فلها مهر مثلها خلافا لأبي يوسف . له الحديث الصحيح

فيه على أنه ممنوع في إحدى الروايتين (وبخلاف خدمة العبد لأنه يخدم المولى معنى حيث يخدمها بإذنه وأمره) بالنكاح وهذا مستغنى عنه ظاهرا لأنه علم الجواب عنه بقوله وخدمة العبد ابتغاء بالمال . ويمكن أن يقال : ذكر المصنف على المدعى دليلين : أحدهما قوله المشروع هو الابتغاء بالمال ، والثاني قوله ولأن خدمة الزوج الحر ، فذكر العبد مرة باعتبار الأول وأخرى باعتبار الثاني (وبخلاف رعى الغنم لأنه من باب القيام بأمور الزوجية فلا مناقضة على أنه ممنوع في رواية) وفي عبارة المصنف تسامح لأنه قال في الدليل : ولنا أن المشروع هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال ، وكذا المنافع على أصلنا ، فإن كان محمد داخلا في قوله ولنا فقوله (ثم على قول محمد تجب قيمة الخدمة لأن المسمى مال) يناقض ذلك . وإن لم يكن داخلا كان المناسب ولهما دفعا للالتباس . ويمكن أن يجاب عنه بأنه داخل بالنسبة إلى تعليم القرآن فقال ولنا وليس بداخل بالنسبة إلى الخدمة فقال في الآخر ثم على قول محمد تجب قيمة الخدمة لأن المسمى وهو الخدمة مال عند العقد (إلا أنه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالتزوج على عبد الغير ، وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف يجب مهر المثل لأن الخدمة) أى خدمة الحر (ليست بمال إذ لا تستحق فيه) أى لا تستحق الخدمة في النكاح (بحال) ولو كانت مالا لاستحققت لأنه وجد المقتضى وهو العقد الصادر من الأهل المضاف إلى المحل ، وانتفى المانع وهو كون المهر غير مال . وذكر بعض الشارحين أن سماعه في هذا المكان بكلمة أو هكذا أو لا تستحق فيه بحال ، وهو حسن لمعنيين : أحدهما أن يكون كل واحد من قوله لأن الخدمة ليست بمال ، وقوله أو لا تستحق بحال فيه دليل على وجوب مهر المثل ، ويكون الأول إشارة إلى قوله : ولنا أن المشروع هو الابتغاء بالمال ، والثاني إشارة إلى قوله ولأن خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاتها بعقد النكاح . والمعنى الثاني أن قوله إذ لا تستحق فيه بحال لدلالة له على أن الخدمة ليست بمال

(قوله ويمكن أن يجاب ، إلى قوله : ثم على قول محمد تجب قيمة الخدمة الخ) أقول : فكان المناسب حينئذ أن يقول : وكذا المنافع على أصلهما لئلا يلزم الالتباس ، ولعل الأولى أن يقال : محمد متفق معهما في سلب المالية عن الخدمة قبل العقد ، وإنما ثبتت لها المالية بالعقد وهما لا يثبتان لها المالية بمجرد العقد بل بالتسليم بعده ، فإن الضرورة إنما تندفع به فاندفع المناقضة والمخالفة (قوله وذكر بعض الشارحين) أقول : أراد الإقتافى (قوله والمعنى الثاني أن قوله إذ لا تستحق فيه بحال لدلالة له على أن الخدمة ليست بمال الخ) أقول : ولو جعل قوله

وهذا لأن تقوّمه بالعقد للضرورة، فإذا لم يجب تسليمه بالعقد لم يظهر تقوّمه فيبقى الحكم للأصل وهو مهر المثل (فإن تزوّجها على ألف فقبضتها ووهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بخمسمائة) لأنه لم يصل إليه

« أنه صلى الله عليه وسلم تزوّج صفيّة وجعل عتقها صداقها ». قلنا: نص كتاب الله تعالى يعين المال فإنه بعد عدّ المحرمات أحل ما وراءهن مقيدا بالابتغاء بالمال ، قال الله تعالى - وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين - الآية ، وقول الراوى ذلك كناية عن عدم المهر : يعنى أنه أعتقها وتزوّجها ولم يكن شىء غير العتق والزوّج بلا مهر جائز للنبي صلى الله عليه وسلم دون غيره . وغاية ما فيه أن ما ذكرناه محتمل لفظ الراوى فيجب حمله عليه دفعا للمعارضة بينه وبين الكتاب . وإن أبت أن تزوّجه ألزمتها بقيمتها ؛ ولو كانت الجارية أم ولد فأعتقها على ذلك فأبت قال أبو حنيفة : لا يجب عليها قيمتها لأن رقبها غير متقوّم عنده . ولو قالت لعبدتها أعتقتك على أن تزوّجني بألف أو على أن تعطيني ألفا فقبل عتق ، فإن أبى تزوّجها فعليه قيمة نفسه . وإن تزوّجها بألف قسم الألف على قيمة نفسه وعلى مهر مثلها . فما أصاب الرقبة فهو قيمته ، وما أصاب المهر فهو مهرها ، ويتنصف بالطلاق قبل الدخول (قوله فإن تزوّجها على ألف) حاصل وجوها إذا تزوّجها على مسمى ، فإما أن يكون

إلا بما ينفيه من وجود المقتضى وانتفاء المانع . وهو لا يتم لأن الخصم أن يقول لانسلم أنها لو كانت مالا لاستحققت فيه : وقوله لأنه وجد المقتضى وانتفع المانع وهو كون المهر غير مال يقول المانع غير منحصر في ذلك بل كونه مفضيا إلى المناقضة مانع آخر عن الاستحقاق لكن سماعي بكلمة إذ . ولقائل أن يقول : قوله وعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف مستغنى عنه لأنه علم ذلك من الدليل في مطلع البحث . ويمكن أن يجاب عنه بأنه أعاده تمهيدا لبيان التعليل بقوله (وهذا) أى وجوب مهر المثل (لأن تقوّمه بالعقد للضرورة) أى لأن تقوّم المسمى وهو الخدمة لضرورة حاجة الناس في العقود وهى إنما تندفع بالتسليم إلى المحتاج (فإذا لم يجب تسليمه في هذا العقد) لمكان التناقض (لم يظهر تقوّمه فيبقى الحكم للأصل وهو مهر المثل) ولو قال فإذا لم يجر تسليمه كان أولى فتأمل . قال (فإن تزوّجها على ألف) هذه المسئلة تنقسم بالقسمة الأولية على قسمين : إما أن يتزوّجها على مالا يتعين بالتعيين كالنقود أو على ما يتعين به كالعروض والحنطة والشعير ، ثم كل واحد منهما على وجهين : إما أن يكون الصداق مقبوضا لها ، أو لم يكن ، وكل واحد منهما على وجهين : إما أن تهب المرأة الكل أو البعض ، فإن تزوّجها على مالا يتعين بالتعيين وهو ألف درهم فقبضتها ثم وهدتها للزوج ثم طلقها قبل الدخول بها يرجع عليها بخمسمائة درهم لأن الزوج يستوجب عليها الرجوع بنصف ما قبضت مهرها بالطلاق قبل الدخول فإنه ينصف الصداق بالنص ولم يصل إليه عين ما يستوجب به بالهبة لأن الدرهم والدنانير لا يتعين بالتعيين في العقود والفسوخ فكانت هبة ، هذه

وهذا إشارة إلى وجه دلالة قوله إذ لا يستحق فيه بحال على عدم المالية لانفع ما ذكره ، ثم المراد من نفي مالية الخدمة نفي تقوّمها على ما يدل عليه تشبيهه بتسمية الخمر والخزير ، وقوله لأن تقوّمه الخ فلي تأمل (قال المصنف : وهذا لأن تقوّمه بالعقد) أى لأن تقوّم المسمى وهو الخدمة (قوله وهذا : أى وجوب مهر المثل) أقول : وعندى هو إشارة إلى وجه دلالة قوله إذ لا يستحق الخ على عدم المالية لمكان التناقض (قوله فإذا لم يجب تسليمه في هذا العقد ، أى قوله : ولو قال فإذا لم يجر تسليمه كان أولى) أقول : وإنما قال لم يجب إشارة إلى أنه لو كان مالا متقوما لوجب تسليمه في عقود المعاوضة (قوله كالنقود الخ) أقول : وسائر الموزونات والمكيلات إذا كانتا في النمة (قوله كالعروض والحنطة) أقول : إذا أشير إليهما حيث جعلتا مهرًا (قوله إما أن يكون الصداق مقبوضا لها) أقول : كلا أو بعضها (قوله وهو ألف درهم) أقول : يعنى مثلا (قال المصنف : لأنه لم يصل إليه بالهبة عين ما يستوجب) أقول : لأن ما قبضته ليس عين ما جعل مهرًا فإنه وصف في النمة ومقبوضها عين (قوله لأن الزوج يستوجب عليها الرجوع بنصف ما قبضت مهرها بالطلاق قبل الدخول فإنه ينصف الصداق بالنص) أقول : قوله بالطلاق متعلق بقوله يستوجب ، وضمير فإنه راجع إلى الطلاق (قوله لأن الدرهم والدنانير لا يتعين بالتعيين في العقود والفسوخ الخ) أقول : وبالله أسئمن لاشك أن التى وهبتها هى التى قبضتها ، ألا يرى أنها لو وهبتها للأجنبي فادّعت عيبتها باقية

بالهبة عين ما يستوجب لأن الدراهم والدنانير لا تتعنان في العقود والفسوخ ، وكذا إذا كان المهر مكيلا أو موزونا أو شيئا آخر في الذمة لعدم تعيينها (فإن لم تقبض الألف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء . وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر ، لأنه سلم المهر له بالإبراء فلا تبرأ عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول . وجه الاستحسان أنه وصل إليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول وهو براءة ذمته عن نصف المهر ، ولا يبال باختلاف السبب عند حصول المقصود (ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الألف كلها المقبوض وغيره أو وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند أبي حنيفة . وقالوا : يرجع عليها بنصف ما قبضت) اعتبارا للبعض بالكل ، ولأن هبة البعض حظ فيلتحق بأصل العقد . ولأبي حنيفة أن مقصود الزوج قد حصل وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض فلا يستوجب الرجوع عند الطلاق .

من الدراهم أو الدنانير أو المكيل أو الموزون غير المعين ، بخلاف المعين منهما فإنه كالعرض : وإما من العروض أو الحيوان معينا أو في الذمة ، ففي الأول إن وهبت الكل أو نصفه بعد قبض الكل ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصفه اتفاقا ، أو قبله لم يرجع بشيء خلافا لزفر ، أو بعد قبض نصفه لم يرجع بشيء خلافا لهما ، وقال : لا يرجع بنصف المقبوض كائنا ما كان من النسبة : حتى لو كانت وهبته أقل من النصف وقبضت الباقي رجع عليها بنصف المقبوض ، وعنده يرجع إلى تمام نصف الصداق ، وفي الثاني لا يرجع بشيء مطلقا قبضت أو لم تقبض وأوجب زفر رجوعه بنصف قيمة العرض . وجه الاتفاقية في الأول أن المقبوض ليس نفس المهر لأنه وصف

الألف كهيئة ألف أخرى ، وإذا لم يصل إليه عين ما استوجه كان له الرجوع (وكذا إذا كان المهر مكيلا أو موزونا أو شيئا آخر في الذمة) غير الدراهم فقبضته ثم وهبتها ثم طلقها قبل الدخول بها يرجع عليها بنصف ذلك لعدم التعين ولهذا لم يجب عليها رد عين ما قبضت (فإن لم تقبض الألف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول لم يرجع أحدهما على الآخر بشيء ، وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر لأنه سلم له المهر بالإبراء وما سلم له بالإبراء غير ما يستحقه بالطلاق وهو براءة ذمته عما عليه من نصف المهر بالطلاق قبل الدخول فالزوج سلم له غير ما يستحقه (فلا تبرأ) المرأة (عما يستحقه) وجه الاستحسان أن ما يستحقه الزوج بالطلاق هو براءة ذمته عن نصف المهر وقد وصل إليه ذلك لكن بسبب آخر وهو الإبراء (ولا يبال باختلاف السبب عند حصول المقصود) لأنه غير مقصود بنفسه كمن يقول لآخر : لك على ألف درهم ثمن هذه الجارية التي اشتريتها منك ، وقال الآخر : الجارية جاريك ولي عليك ألف درهم لزمه المال لحصول المقصود وإن كذبه في السبب وهو بيع الجارية (ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الألف كلها المقبوض وغيره أو وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند أبي حنيفة . وقالوا : يرجع عليها بنصف ما قبضت اعتبارا للبعض بالكل) فلو قبضت الكل ثم وهبت للزوج ثم طلقها قبل الدخول رجع عندنا عليها بنصف ما قبضت فكذا إذا قبضت البعض (ولأن هبة البعض) الذي لم يقبضه (حظ) والخط يلتحق بأصل العقد فكأنه تزوجها ابتداء على الخمسمائة المقبوضة (ولأبي حنيفة أن مقصود الزوج) وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض (قد حصل قبل الطلاق فلا يستوجب الرجوع بعد الطلاق) كمن له على آخر دين مؤجل فاستعجل قبل حلول الأجل ، وفائدة قوله بلا

ولم يعرض عنها لما الرجوع ، فلو لم تكن متعينة في الهبة لم يكن الأمر كذلك لكن الألف التي قبضتها ليست عين ما جعل مهرًا لكونه وصفا

والخط لا يلتحق بأصل العقد في النكاح ،

في الذمة بل مثل تقع به المقاصة ، فظهر أن الواصل إليه غير ما يستحقه بالطلاق : أعني نصف المهر ؛ ألا يرى أن لها أن تمسك ما أخذته منه وتعطيه غيره إذا طلقها قبل الدخول بعد القبض ، وتقرير المصنف ناظر إلى أن الواجب بالطلاق دراهم مطلقة وهذه ليست إلا معينة ، ويدل على أنها ليست عين الواجب كونها لها أن تمسكها وتدفع غيرها عند الطلاق . ووجه قول زفر في ثاني شق الأول أن الواصل إليه وإن كان نفس الدين لكن وصل إليه بسبب غير الطلاق وهو الإبراء وهو مسبب عن الإبراء وغير مسبب عن الطلاق لما عرف من أن اختلاف الأسباب يوجب اختلاف المسببات شرعا . أصله حديث لم تصدق به على بريرة ، فبواسطة لزوم الاختلاف شرعا لم يصل إليه عين ما يستحق فصارت كالأولى . وجه الاستحسان أن المستحق بالطلاق وهو سقوط نصف الدين عنه تحقّق بالإبراء ، فحين حصل الطلاق لم يؤثر شيئا لعدم مصادقته شغل الذمة بالمهر وهو محل أثره لأنه إنما يؤثر في شغل الذمة بالإسقاط ، فلو أوجب شيئا آخر كما قال إنه يرجع عليها بخمسائة عين لكان ذلك غير موجبه في محله وصار كمن عليه الدين المؤجل إذا عجله ثم حل الأجل لا يجب شيء آخر . وإذا تأملت هذا التقرير سقط عندك ما تكلف في دفع لزوم اختلاف المسبب باختلاف السبب من تخصيص الدعوى بالأعيان لأنها تقبل التغير بتغيير صفاتها ، بخلاف الأوصاف كالدين فيما نحن فيه حيث لا يقبل ذلك لاستحالة قيام الصفة بالصفة ، وهو دفع فاسد لأن ثبوت التغير شرعا لا يتوقف على ذلك إنما هو اعتبار شرعي ، وقيام الصفة بالصفة بمعنى الاختصاص الناعت ليس محالا على ما عرف في التحقيقات الكلامية . ثم يمكن حمل قوله في الكتاب أنه وصل إليه عين ما يستحقه وهو براءة ذمته عن نصف المهر الخ عليه : أي عين ما يستحقه ذاتا لا من حيث هو بسبب الإبراء ، ولا يبالى باختلاف السبب عند حصول المقصود سابقا فإنه لم يؤثر شيئا حينئذ . وجه قولهما في قبض النصف إلحاق البعض بالكل وهو قول الشافعي في الأصح : يعني لو قبضت الكل ثم وهبته له يرجع بنصفه ، ولا يخفى أن الملازمة تحكم ، فإن رجوعه في صورة قبض الكل ليس لكونه قبض الكل ولا البعض بل لأنه لم يصل إليه عين ما يستحقه بالطلاق ، وهذا المناط منتف في صورة قبض النصف بناء على أن الطلاق قبل الدخول أعاد نصف الصداق إلى قديم ملك الزوج فيظهر أن الصداق الدين بذلك مشترك بينهما : يعني يتبين ذلك وإلا فحال الهبة كان كله ملكها ظاهرا ، فإذا قبضت النصف انصرف إلى حقها ككييل أو موزون بين اثنين وهو في يد أحدهما وقبض صاحبه نصفه كان المقبوض حقه ، فإذا أبرأته بعد ما قبضت النصف من الباقي أو الكل كان الواصل إليه عين ما يستحقه بالوجه المذكور في هبة الكل قبل قبضه ، فظهر أن إلحاقهما البعض بالكل بوصف طردى غير مؤثر ، وتقرير الوجه الثاني ظاهر من الكتاب . وقوله (والخط لا يلتحق بأصل العقد في النكاح) يؤيده أنها لو حطت

عوض ستظهر فيما إذا باعت من زوجها . وقوله (والخط) جواب عن قولهما ولأن هبة البعض حط ووجه ذلك أن الخط إنما يلتحق بأصل العقد إذا كان العقد عقد مغالبة يحتاج إلى دفع الغبن عن أحد الجانبين بالزيادة أو الخط والنكاح ليس كذلك

في اللغة ، والألف التي قبضتها عين فلي تأمل ، فإنه يمكن توجيه كلام الشارح بما قلناه أيضا ، ويؤيد ذلك ما ذكره في شرح قول المصنف ولهذا لم يكن لها دفع شيء آخر فتدبر ، ثم اعلم أن قوله بالهبة متعلق بقوله لم يصل (قوله ووجه ذلك أن الخط ، إلى قوله : يحتاج إلى دفع الغبن من أحد الجانبين بالزيادة أو الخط والنكاح ليس كذلك الخ) أقول : فيه تأمل ، فإنه يجوز أن يكون الخط لكون المسمى زائدا على مهر المثل ، والزيادة لكونه ناقصا عنه ، نعم ليس المقصود من عقد النكاح التجارة والاسترباح .

ألا ترى أن الزيادة فيه لا تلتحق حتى لا تنصف ، ولو كانت وهبت أقل من النصف وقبضت الباقي ، فعنده يرجع عليها إلى تمام النصف . وعندهما بنصف المقبوض (ولو كان تزوجها على عرض فقبطته أو لم تقبض فوهبت له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء) وفي القياس وهو قول زفر يرجع عليها بنصف قيمته لأن الواجب فيه رد نصف عين المهر على مامر تقريره . وجه الاستحسان أن حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها وقد وصل إليه ولهذا لم يكن لها دفع شيء آخر مكانه ، بخلاف ما إذا كان المهر ديناً ،

حتى بقي أقل من عشرة صح ولا تستحق غيره ، وتسمية ما دون العشرة في أصل العقد لا تنصح ، وقيد بالنكاح لأنه يلتحق في البيع بأصل العقد . ووجه الفرق أن البيع عقد مغالبة ومبادلة مال بمال ومراجعة فتقع الحاجة إلى دفع الغبن فيه فاعتبر الحط لقصد دفعه فالتحق بأصل العقد ، ولا كذلك عقد النكاح فليس كذلك الحط فيه . وقوله (ألا ترى أن الزيادة فيه لا تلتحق) بأصل العقد (حتى لا تنصف) استيضاح لعدم الالتحاق وهو مشكل ، فإن عدم التحاق الزيادة بأصل العقد هو الدافع لقول المانع لها لو صححت كان ملكه عوضاً عن ملكه ، فإذا لم تلتحق بقي إبطالهم ذلك بلا جواب ، فالحق أنها تلتحق كما يعطيه كلام غير واحد من المشايخ ، وإنما لا تنصف لأن الانتصاف خاص بالمقروض في نفس العقد حقيقة بالنص المقيّد بالعادة المنصرف إليها على مامر ، وهذه لم توجد حقيقة حالة العقد بل لحقت به ، ولأن وجه إلحاقها بالبيع وهو أنه قد يكون خاسراً أو زائداً مضرّاً بالمشتري فيرد إلى العدل يجري في النكاح ، وخسرانه أنه ينقص عن مهر مثلها فيرد بالزيادة إليه فإن تزوجها مع نقصها عن مهر مثل أخواتها مثلاً يعقب الندم لها وزيادته تعقب الندم له . وجه قول زفر في العرض المعين وهو أحد قولي الشافعي في الجديده واختاره أكثر أصحابه أن الواجب فيه رد نصف عين المهر على مامر تقريره من أن السلم بالهبة غير ما يستحقه بالطلاق لاختلاف السبب فترتب على الطلاق مقتضاه ، ويجب قيمة نصفه لتعذر عينه ، كما لو تزوج على عبد الغير فأبى سيده . ووجه الاستحسان أن الواجب بالطلاق سلامة نصف المقبوض وقد وصل عين ذلك إليه فلم يصادف الطلاق ما كان شاغلاً ذمهاً ليوثر وجوب تقريرها منه عليها على نحو ما سلكت في التقرير السابق ، وحمل كلام الكتاب هنا عليه سهل مما تقدم (قوله بخلاف ما إذا كان المقبوض ديناً) أي دراهم وإخوتها فإن

واستوضح المصنف بقوله (ألا ترى أن الزيادة) يعني أن الحط والزيادة ميان في الالتحاق بأصل العقد ، والزيادة في النكاح لم تلتحق بأصل العقد حتى لا تنصف الزيادة مع الأصل بالاتفاق ، فكذلك الحط (ولو كانت وهبت أقل من النصف وقبضت الباقي) مثل ما إذا تزوجها على ألف فوهبت المرأة مائتين وقبضت الباقي ؛ فعند أبي حنيفة يرجع عليها بثلاثمائة درهم حتى يتم النصف ، وعندهما يرجع عليها بأربعمائة درهم لأن عنده ما سلم للزوج معتبر وعندهما المقبوض معتبر فكانت تزوجها على ما قبضت فيتنصف المقبوض وهو ثمانمائة (ولو كان تزوجها على عرض فقبطته أو لم تقبض فوهبت له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء) . وفي القياس وهو قول زفر يرجع عليها بنصف قيمته لأن الواجب فيه رد نصف عين المهر على مامر تقريره (يعني في قوله لأنه سلم له المهر بالإبراء فلا تبرأ عما يستحقه) مذكوره (أن حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها وقد وصل إليه) لأنه يتعين بالتعيين . وقوله (ولهذا) أي ولأن حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها (لم يكن لها أن تدفع شيئاً آخر مكانه ، بخلاف ما إذا كان المهر ديناً) وهي المسئلة الأولى حيث يرجع عليها بالنصف

(قوله وقوله ولهذا : أي ولأن حقه عند الطلاق الخ) أقول : يل هو إشارة إلى التعيين المعلوم من سياق الكلام .

وبخلاف ما إذا باعت من زوجها لأنه وصل إليه ببدل . ولو تزوجها على حيوان أو عروض في الذمة فكذلك الجواب لأن المقبوض متعين في الرد ،

الواصل إليه حينئذ ليس عين ما استحقه لعدم تعيينها ، وبخلاف ما إذا باعت من زوجها العرض المذكور فإنه وإن وصل إليه عين ما استحقه لكنه ببدل والسالم يبدل بمنزلة ذلك البديل نفسه الذي كان في ملكه فكأنه لم يصل إليه شيء ، ولو كان العرض أو الحيوان في الذمة فكذلك الجواب : أي لا يرجع عليها بشيء قبضت أو لم تقبض ، أما إذا لم تقبض فتقريره تقريره دينا ، وأما إن قبضته ثم وهبته فلأن المقبوض فيه متعين الرد بالطلاق فليس لها أن تمسكه وتدفع غيره ، بخلاف المقبوض من الدراهم ، وإنما وقعت هذه المفارقة لأن الأصل أن لا يثبت العرض في الذمة للجهالة ولذا لا يثبت في المعاوضات المحضة كالشراء لكنها تحملت في النكاح لجرى التسهيل في العوض فيه لأنه غير المقصود منه ، فإذا عين بالتسليم يصير كأن العقد وقع على ذلك المقبوض فيجب رد عينه إذا استحق كما لو كان معينا في الابتداء فيعطى حكمه ، ويتأتى خلاف زفر في هذه أيضا لما عرف من أصله وهو اشتراط وصوله إليه من الجهة المستحقة . وما ذكر في الغاية قال زفر في الدراهم والدنانير المعينة لا يرجع عليها بناء على أصله في تعيينها استبعدت صحته عنه لما علم من اشتراطه اتحاد الجهة إلا أن تكون روايتان فيما يتعين . وإذا قد انجز الكلام إلى شيء مما يتعلق بإمهار العرض المعين فهذه قوائمه تتعلق به كلها من المبسوط فنقول : لا يثبت فيه خيار الرؤية . فلو تزوجها على شيء بعينه لم تره فأثاها به ليس لها رده ويثبت فيه خيار العيب فلها رده إذا كان العيب فاحشا وهو ما ينقص عن القيمة قدرا لا يدخل تحت تقويم المتوهمين بخلاف العيب اليسير . أما خيار الرؤية فلعدم الفائدة في إثباته إذ الفائدة في إثباته التمكن من إعادة العوض الذي قبل بالمسمى كالمرأة في النكاح وهذا يحصل في البيع لأنه ينفسخ بالرد ، بخلاف النكاح لا ينفسخ برد المسمى بخيار الرؤية ولا ترد المرأة بل غاية ما يجب به رد المسمى فيه قيمته والقيمة أيضا غير مرئية . وأما خيار العيب فله ثبوت فائدته وهي الرجوع بقيمته صحيحا لأن السبب الموجب للتسمية هو العقد ولم يبطل بالاتفاق ، فلا يجوز الحكم ببطلان التسمية مع بقاء السبب الموجب له صحيحا ، ولكن بالرد بالعيب يتعذر تسليم المعين كما التزم فتجب قيمته ، كالعبد المختصوب إذا أبق ، وعلى هذا الأصل إذا هلك الصداق المعين قبل التسليم لا تبطل التسمية بل يجب مثله إن كان مثليا وإلا بقيمته وكذا لو استحق . هذا إذا كان العيب قائما وقت العقد . فإن تعيب في يد الزوج قبل التسليم يسيرا فليس لها غيره ، وعن زفر لها الخيار ، أو فاحشا فأما بفعل الزوج فلها الخيار أن تضمه قيمته يوم تزوجها أو تأخذها وتضمن الزوج النقصان لأنه أتلّف جزءا من

لأن حقه لم يكن في نصف المقبوض لعدم التعين ، ولهذا لو دفعت مكانه شيئا آخر جاز (بخلاف ما إذا باعت) يعني الصداق العرض من زوجها (لأنه وصل إليه ببدل) وهو يستحق عليها نصف المهر بلا بدل فلا ينوب عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول فلذلك يرجع عليها بنصف المهر (ولو تزوجها على حيوان) يعني مثل الفرس والحمار ونحوهما لا مطلقه (أو عروض في الذمة) بأن قال على ثوب هروى بين جنسه ونوعه فإنه حينئذ يجب الوسط مما سمي ويثبت دينا في الذمة فيشبه النقود (فكذلك الجواب) يعني إذا وهبته له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء قبضت أو لم تقبض (لأن المقبوض متعين في الرد) يعني أنها لو قبضته تعين عليها رده بعينه ،

(قوله فلذلك يرجع عليها بنصف المهر) أقول : أي بقيمته .

الصدّاق ، ولو أتلفه ضمنه . فإذا أتلف بعضه لزمه قدره . وعن أبي حنيفة : إذا اختارت أخذته لاتضمنه النقصان . وأما بآفة سهاوية فلها هذا الخيار غير أنها لاتضمنه النقصان إذا اختارت أخذه . وأما بفعل الصدّاق نفسه ، ففي ظاهر الرواية هو كالعيب السهاوي لأن فعله بنفسه هدر . وعن أبي حنيفة أنه كتيعيب الزوج . وأما بفعلها فتصير قابضة له كله . وأما بفعل أجنبي فيجب ضمانه النقصان ويكون ضمانه بمنزلة الزيادة المتولدة قبل القبض فيثبت لها الخيار للتغيير بين أن تأخذه وتضمن الجاني نقصانه أو تضمن الزوج قيمته وهو يرجع على الجاني . وليس لها أن تأخذ العين وتضمن الزوج النقصان لأنه لا يصنع منه بذلك . هذا كله إذا دخل بها أو مات عنها ، فإن طلقها قبل الدخول فهو في حق النصف كما في الكل لو طلقها بعد الدخول ، فلو تعيب في يدها بعد قبضها ثم طلقت قبل الدخول ؛ ففي السهاوي إن شئت ضمنها الزوج نصف قيمته يوم قبضه لتعذر ردها إياه كما قبضته ، وإن شاء أخذ النصف وليس عليها ضمان نقصان ، والتعيب بفعل الصدّاق كالسهاوي . وكذا بفعلها لأنه صادف ملكا لها صحيحا فلا يوجب ضمان نقصان عليها ، وإذا كان بفعل أجنبي فهو ضامن وهو كالزيادة المنفصلة المتولدة من العين لأنه بدل جزء من العين فيمنع تنصيف الأصل بالطلاق . وإنما يرجع الزوج عليها بنصف قيمة الصدّاق يوم قبضه . وكذا إذا تعيب بفعل الزوج لأن الزوج بعد تسليمه كالأجنبي في إيجاب الأرض وذلك يمنع تنصيف الصدّاق بالطلاق ، فلو كان إنما تعيب في يدها بعد ما طلقها قبل الدخول كان للزوج أن يأخذ نصف الأصل مع نصف النقصان لأن السبب فسد في النصف بالطلاق وصار مستحق الرد على الزوج فكان في يدها في هذه الحالة كالمقبوض بشراء فاسد فيلزمها ضمان النقصان سواء تعيب بفعلها أو بفعله أو بأمر سهاوي لأنه مضمون عليها بالقبض والأوصاف تضمن بالقبض كالمغصوب ، وإن كان بفعل أجنبي فالأرض كالزيادة المنفصلة وقد ذكرنا حكمها . ووقع في مختصر الحاكم أبي الفضل أن التعيب في يدها قبل الطلاق وبعده في الحكم سواء . قال شمس الأئمة في المبسوط : وهو غلط ، بل الصحيح في كل فصل ما ذكرنا ، فلو كان المهر جارية فلم يقبضها حتى وطئها الزوج فجاءت بولد فادعاه الزوج لم يثبت نسبه لأن الاستيلاء في ملك المرأة غير صحيح ، إلا أن الحد يسقط عنه للشبهة لأن الصدّاق مضمون عليه بالعقد كالمبيع في يد البائع وعليه العقر ، وهذا العقر مع الولد زيادة منفصلة متولدة من الأصل لأن المستوفى بالوطء في حكم جزء من العين والعقر بدله ، فإذا طلقها قبل الدخول تنصف الكل فيكون العقر والجارية بينهما ولا تكون الجازية أم ولد للزوج لعدم ثبوت نسب ولدها منه ، ولكن يعتق نصف الولد على الزوج لأنه ملك ولده من الزنا فيعتق عليه للجزئية ، ويسعى للمرأة في نصف قيمته ولا يصير الزوج ضامنا لأنه ما صنع في الولد شيئا إنما صنع الطلاق وذلك ليس مباشرة لإعتاق الولد بل من حكم الطلاق عود النصف إلى الزوج ثم يعتق عليه حكما للملكة . وإن ماتت الجارية عند المرأة أو قبلت ثم طلقها قبل الدخول فللزوج عليها نصف القيمة يوم قبضت لأنه تعذر عليها رد نصف الصدّاق بعد تقرر السبب الموجب له ، ولا سبيل للزوج على القاتل لأن فعله لم يلاق ملكه بل ملك المرأة فلا يضممه شيئا . وإذا قد انجرّ الكلام في الزيادة في المهر فلنستوفه . وحاصله من المبسوط أن الزيادة قبل قبضه متصلة كالسمن وانجلاء باضر العين ومنفصلة

وكل ما كان المقبوض منه متعينا في الرد كان من جنس ما يتعين بالتعيين ، فإن كانت الهبة بعد القبض فقد وصل إليه عين حقه لأن اختلاف السبب غير معتبر ، وإن كانت قبله فقد وصل إليه حقه وهو براءة ذمته عن نصف

وهذا لأن الجهالة تحملت في النكاح فإذا عين فيه يصير كأن التسمية وقعت عليه

متولدة من العين كالولد والثمار والعقر وغير متولدة كالكسب والغلة ، وذلك كله يسلم لها إذا دخل بها أو مات عنها لأنه يملك بملك الأصل وملك الأصل كان سالما لها ، وقد تقرر ذلك بالموت والدخول فكذلك الزيادة ، فأما إذا طلقها قبل الدخول فالزيادة المتولدة منفصلة أو متصلة تنصف بالطلاق مع الأصل لأنها في حكم جزء من العين ، والحادث من الزيادة بعد العقد قبل القبض كالموجود وقت العقد بدليل المبيعة فإن الزيادة المتولدة هناك كالموجودة وقت العقد حتى يصير بمقابلتها شيء من الثمن عند القبض . وأما غير المتولدة كالكسب والغلة فلا تنصف بالطلاق قبل الدخول بل الكل لها في قول أبي حنيفة ، وفي قولهما تنصف مع الأصل ، وكذا لو جاءت الفرقة من قبلها قبل الدخول حتى بطل ملكها عن جميع الصداق يسلم لها الكسب عند أبي حنيفة . وعندهما يدور الكسب مع الأصل ، وكذا المبيع قبل القبض يسلم الكسب للمشتري ، وعندهما هو للبائع . لهما أن الكسب زيادة منفصلة عن الأصل فيكون كالولد فكما لا يسلم لها إذا بطل ملكها عن الأصل فكذلك هذا ، وهذا لأن بطلان ملكها عن الأصل لانفساخ السبب فيه ، والزيادة إنما تملك بملك الأصل متولدة كانت أو لا ، فإذا انفسخ سبب الملك في الأصل لا يبقى سبب الملك الزيادة . وحقيقة الوجه لأبي حنيفة أن سبب ملك الزيادة غير سبب ملك الأصل بل ملك الأصل يصير شرطا ، فسبب ملك الأصل مثلا قبول عقد النكاح ، وفي الزيادة الاكتساب للمكتسب وهو إما احتطاب العبد أو إجارتة نفسه أو قبوله الهبة ، وهذه الأسباب لا تنفسخ بالطلاق غير أن المكتسب إذا لم يكن أهلا للملك خلفه فيه مولاه بذلك السبب لو صلة الملك بينهما وقت الاكتساب ، ويبطلان ملكه في الأصل لا يتبين أنه لم يخلفه في الملك بذلك السبب ، وليس الكسب كالزيادة المتولدة لأن المتولد جزء من الأصل يسرى إليه ملك الأصل لا أن يكون مملوكا بسبب حادث ؛ ألا يرى أن ولد المكاتبية يكون مكاتبا وكسبه لا يكون مكاتبا ، وولد المبيعة قبل القبض يكون مبيعا يقابله حصة من الثمن عند القبض وكسبه ليس مبيعا ولا يقابله شيء من الثمن وإن قبض مع الأصل ، ولو قبضت الأصل مع الزيادة المتولدة ثم طلقها قبل أن يدخل بها تنصف الأصل والزيادة لأن حكم التنصف بالطلاق ثبت في الكل حين كانت الزيادة قبل القبض فلا يسقط ذلك بقبضها ؛ ولو كانت قبضت الأصل قبل حدوث الزيادة فحدثت في يدها ثم طلقها قبل الدخول ، فإما أن تكون غير متولدة أو متولدة من العين وهي إما منفصلة أو متصلة ، فإن كانت غير متولدة كالكسب والغلة فهو سالم لها وردت نصف الأصل على الزوج لأن حدوث الكسب كان بعد تمام ملكها ويدها فيكون سالما لها ، وإن لزمها رد الأصل أو بعضه كالمبيع إذا اكتسب في يد المشتري ثم رد الأصل بعيب يبقى الكسب سالما له ، وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم « الخراج بالضمان » وقد كان الصداق في ضمانها فتسلم منفعته والكسب بدل المنفعة ؛ وإن كانت متولدة من العين ، فإن كانت منفصلة كالولد والثمار امتنع تنصف الأصل بالطلاق وعود الكل إليه إذا جاءت الفرقة من قبلها ، وإنما للزوج في الطلاق نصف قيمة الأصل ، وفي ردتها جميع قيمته يوم دفع إليها في ظاهر المذهب ، وعلى قول زفر ينصف لأصل مع الزيادة بالطلاق ويعود الكل إلى الزوج إذا جاءت الفرقة من قبلها لأن بقبضها لا يتأكد ملكها ما لم يدخل بها ، بل توهم عود النصف إلى الزوج بالطلاق أو الكل إذا جاءت الفرقة

المهر ، ولا معتبر باختلاف السبب . وقوله (وهذا لأن الجهالة) إشارة إلى شيئين إلى جواز النكاح بالحيوان والعروض بلا تعيين ، وإلى أن المقبوض متعين في الرد . وتقريره الجهالة تحملت في النكاح وكل ما تحمل في النكاح

من قبلها ثابت فيسرى ذلك الحق إلى الزيادة كالمشترأة شراء فأملا إذا قبضها المشتري وازدادت زيادة منفصلة فإن البائع يستردّها بزيادتها . وروى ابن سبعة عن أبي يوسف تفصيلا قال في الطلاق : يرجع الزوج عليها بنصف قيمة الأصل ، وعند ردّها يستردّ منها الأصل مع الزيادة لأن الردّ تفسخ السبب من الأصل فيكون الردّ بحكم انفساخ السبب بمنزلة الردّ بفساد البيع ، وفيه يثبت الردّ في الأصل والزيادة ، أما الطلاق فحلّ العقد وليس بفسخ له من الأصل ، فلا يثبت حق الزوج في الزيادة التي لم تكن في ملكه ولا في يده ، ويتعذر نصف الزيادة بتعذر نصف الأصل . وجه ظاهر الرواية أنها ملكت الصداق بالعقد وتمّ ملكها فيه بالقبض فحدثت الزيادة على ملك تام لها ، والتنصيف عند الطلاق إنما يثبت في المفروض في العقد . وليست الزيادة مسماة فيه ولا حكما إذ لم يرد عليها القبض المستحق بالعقد فتعذر تنصيفها وهي جزء من العين فتعذر تنصيفها تعذر تنصيف العين كالزيادة المنفصلة في المبيع تمنع رد الأصل بالعيب إذا كانت حادثة بعد القبض ، وهذا بخلاف الزيادة المنفصلة في الموهوب فإنها لا تمنع الواهب من الرجوع في الأصل لأن الهبة عقد تبرع ، فإذا رجع في الأصل بقيت الزيادة للموهوب له بغير عوض ، وقد كان الأصل سالما له بغير عوض فيجوز أن تسلم الزيادة أيضا بغير عوض . فأما البيع والنكاح فعواضة ، فبعد تعذر رد الزيادة لو أثبتنا الردّ في الأصل بقيت الزيادة سالمة بلا عوض وهي جزء من الأصل ، ولا يجوز أن يسلم الملك بلا عوض بعد رفع عقد المعاوضة . وإذا تعذر تنصيف الأصل وجب عليها نصف قيمته للزوج لتعذر رد العين بعد تقرر سبب وجوبه . ولما كان الصداق إنما دخل في ضمانها بالقبض كان المعتبر القيمة وقت القبض ، وإن كانت متصلة كالسمن والجمال والنجلاء البيضاء فطلقها قبل الدخول فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . هذا والزيادة المنفصلة سواء إنما للزوج عليها نصف قيمة الصداق يوم قبضه ، وعند محمد وزفر : يتنصف الأصل بزيادته لأن النكاح عقد معاوضة ، والزيادة المتصلة لآخرة بها في عقود المعاوضات ، كما لو اشترى جارية بعبد وقبضها فازدادت متصلة ثم هلك العبد قبل التسليم أو رده المشتري بعيب فإنه يسترد الجارية بزيادتها ، بخلاف مالو كانت الزيادة منفصلة ، وهذا لأن المتصلة كزيادة السعر ؛ ألا ترى أنها لو حدثت قبل القبض لا ينقسم الثمن باعتبارها لزيادة السعر فكذا في الصداق ، بخلاف الموهوبة فإن الزيادة المتصلة فيها تمنع الرجوع لأن الهبة ليست بعقد ضمان ، فالقبض بحكمه لما لم يوجب ضمان العين على الموهوب له لم يبق للواهب حق في العين حتى يسرى إلى الزيادة ، وإذا تعذر الرجوع في الزيادة تعذر في الأصل لأنه لا ينفصل عنها ، بخلاف قبضها الصداق فإنه قبض ضمان لحق الزوج فيتبين به بقاء حق الزوج في الأصل فيسرى إلى الزيادة كالبيع . ولهما أن هذه الزيادة حدثت في ملك صحيح لها فتكون سالمة لها بكل حال كالمنفصلة ، وإذا تعذر تنصيف الزيادة تعذر تنصيف الأصل لما قال محمد ، والدليل عليه أن الصداق في حكم الصلة من وجه لأنها تملكه لا عوضا عن مال ، والمتصلة في الصلات تمنع رد الأصل كالموهوب ، وتأثير المتصلة

لا ينافي النكاح فالجهالة لا تنافي النكاح ، فإذا شرط ذلك في العقد صح ، ولا بد من تعيين ليحقق الإيفاء عند الحاجة إليه ، فإذا عين بالقبض صار كأن التسمية وقعت عليه ، ولو كان كذلك كان متعينا فكذلك إذا عين بالقبض . وفائدة الأولى صحة العقد وإن كان المسمى مجهولا ومنع وجوب مهر المثل . وفائدة الثانية عدم رجوع الزوج عليها بشيء إن وهبته له وعدم ولاية الاستبدال إن لم تهب وطلقها قبل الدخول بها بخلاف الدراهم والدنانير .

(وإذا تزوجها على ألف على أن لا يخرجها من البلدة أو على أن لا يتزوج عليها أخرى ، فإن وفى بالشرط فلها المسمى) لأنه صلح مهرًا وقد تم رضاها به (وإن تزوج عليها أخرى أو أخرجها فلها مهر مثلها) لأنه سمي مالها فيه نفع ، فعند فواته ينعدم رضاها بالألف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة والهداية مع الألف (ولو تزوجها على ألف إن أقام بها وعلى ألفين إن أخرجها ، فإن أقام بها فلها الألف ، وإن أخرجها فلها مهر المثل لا يزداد على الألفين ولا ينقص عن الألف ، وهذا عند أبي حنيفة ، وقال : الشرطان جميعا جائزان) حتى كان لها الألف

في الصلوات أكثر من المنفصلة حتى أن المنفصلة في الهبة لا تمنع الرجوع والمتصلة تمنع ، ثم الزيادة المنفصلة هنا تمنع تنصف الأصل فالمتصلة أولى أن تمنع . فأما البيع فالصحيح أن عند أبي حنيفة وأبي يوسف أن المتصلة تمنع فسخ العقد من الأصل كالمنفصلة ، وما ذكر في المأذون فهو قول محمد ، وقد نص في كتاب البيوع على أن الزيادة المتصلة تمنع الفسخ بالتحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف كالمنفصلة ، وأما إذا كان حدوث الزيادة في يدها بعد ما طلقها قبل الدخول فإنه يتنصف الأصل مع الزيادة لأن بالطلاق صار رد الأصل مستحقا عليها فيسرى ذلك إلى الزيادة كالشترأة شراء فاسدا ترد بالزيادة المتصلة والمنفصلة ، بخلاف ما قبل الطلاق (قوله وإذا تزوجها الخ) للمسئلة صورتان : الأولى أن يسمى لها مهرًا ويشترط لها معه مالها فيه نفع كأن لا يخرجها من البلد أو لا يتزوج عليها أو لا يتسرى أو يطلق ضررتها . والثانية أن يسمى لها مهرًا على تقدير وآخر على تقدير آخر ، أما الأولى فحكمها ظاهر في الكتاب وهو أنه إن وفى لها فليس لها إلا المسمى وإلا فلها مهر مثلها ، فإن كان مهر مثلها قدر المسمى أو أقل لاستحق شيئا آخر . وقال زفر : إن كان ما ضم إلى المسمى مالا كالهدي ونحوها يكمل لها مهر المثل عند فواته وإلا فليس لها إلا الألف لأن المال يتقوم بالإتلاف ، فكذا بمنع التسليم إذا شرط لها في العقد بخلاف طلاق الضررة ونحوه لا يتقوم فلا يلزم . وقال الإمام أحمد : إذا فات ثبت لها الخيار في الفسخ لأنها لم تزوجه إلا على ملك المرغوب فيه فصار كما إذا باع عبدا على أنه خباز أو كاتب وهو بخلافه ، ولقوله صلى الله عليه وسلم « أحق الشروط أن توفوا به ما استحلتم به الفروج » . وجواب زفر أن إيجاب التسليم ليس للتقوم في المضموم بل لعدم رضاها بالألف إلا به فبانتفائه ظهر عدم رضاها بالمسمى فكان كعدم التسمية وفيه مهر المثل . وجواب الثاني أن ذلك في الشرط الصحيح وليس هذا منه لقوله صلى الله عليه وسلم « المسلمون عند شروطهم إلا شرطا

قال (وإذا تزوجها على ألف على أن لا يخرجها من البلدة) قد تقدم أن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة فإذا تزوج امرأة على ألف على أن لا يخرجها من البلدة (أو على أن لا يتزوج عليها) أو على أن يطلق فلانة فالنكاح صحيح وإن كان شرط عدم الزوج وعدم المسافرة وطلاق الضررة فاسدا لأن فيه المنع عن الأمر المشروع (فإن وفى بالشرط فلها المسمى) لأنه سمي ما صلح مهرًا وقد تم رضاها به (وإن لم يوف به فلها مهر مثلها) وصورة المسئلة فيما إذا كان مهر المثل أكثر من الألف (لأنه سمي مالها فيه نفع) حتى رضيت بتنقيص المسمى عن مهر المثل (فعند فواته ينعدم رضاها بالألف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة) بأن شرط مع الألف أن يكرمها ولا يكلفها الأعمال الشاقة وما تتعب به ، وكما لو سمي الهدية مع الألف بأن يرسل إليها مع الألف الثياب الفاخرة (ولو تزوجها على ألف إن أقام بها وعلى ألفين إن أخرجها) صورة المسئلة ظاهرة . ووجه قول زفر أنه ذكر بمقابلة شيء واحد

(قوله لأنه سمي مالها فيه نفع) أقول : هذا تعليل لقوله فلها مهر مثلها .

إن أقام بها والألفان إن أخرجهما . وقال زفر : الشرطان جميعا فاسدان ، ويكون لها مهر مثلها لا ينقص من ألف ولا يزداد على ألفين وأصل المسألة في الإجازات في قوله : إن خطته اليوم فلك درهم . وإن خطته غدا فلك نصف درهم ، وسنينها فيه إن شاء الله

أحل حراماً أو حرم حلالاً . وهذه الشروط تمنع النزع والتسرى لو وجب الجرى على موجبها فكانت باطلة فلا يؤثر عدمها في خيار الفسخ ، بل إن وفي تمت التسمية لرضاها بها وإلا لانتم لعدم الرضا ، وفساد العقد ليس لازماً لعدم تمام التسمية ولا لعدمها رأساً إذ ليس ذكرها من الأركان ولا الشروط ، بخلاف البيع . فإن قيل : ما استدلت به لا يمس محل النزاع لأن مقتضى الشرط المذكور أن لا يزوج مادامت تحته مختاراً لعدم دخول خيار الفسخ في يديها وأين عدم الزوج مختاراً الأمر من تحريمه شرعاً ؟ فالجواب أن الشرط المحرم للحلال بعد ما حكم بكونه باطلاً لا يتصور إلا على إرادة كونه شرط ترك الحلال أو فعل الحرام . إذ لو أحل حقيقة بأن ثبت به حكم الحل شرعاً لم يكن باطلاً . وإذا عارضه وجب حمل الأحقية المذكورة فيما روى على ما من الحق في نفسه وهو المراد به ضد الباطل وهو أعم من الوجوب صادق عليه وعلى الجائز والمندوب لا ما يخص الواجب عينا . بئى أن يقال : إذا ظهر عدم رضاها بالألف لم يلزم كونه نكاحاً بلا تسمية ولا نظيره للقطع بأنها ليست مفوضة ، بل إنما رخصت بتسمية صحيحة معينة ، وقد قالوا : إذا سمي للبكر عند استئذنها مهرًا فسكنت لا يكون رضا حتى يكون المهر وافراً ولا يصح النكاح بمهر المثل ولا به فكيف وهى مصرحة بنفيه ، وكون مهر مثلها أصلاً لا يستلزم صحة النكاح به مالم تكن مفوضة أو تصرح بالرضا به . وإلا فقد لا ترضى بمهر المثل تسمية فلا ينفذ النكاح عليها به فيجب أن تختار ، كما إذا زوجت نفسها من غير كفء فإنه ينعقد ثم يثبت للولى خيار الفسخ ، وأما ما ذكر من حمل لفظ أحق في الحديث على ما ذكر قبله فلا موجب لأن ذلك الموجب وهو تحريم الحلال متف لأنه لا يحرم التسرى بهذا الشرط بل هو امتنع منه بالتزامه مختاراً لأحب الأمرين إليه وهو صحة الزوجة ، ولهذا لو تسرى لا نقول فعل محرماً وهو أدنى من امتناعه عن بعض المباحات بخلافه لا يفعله . وأما الثانية فكان يزوجه على ألف بأن أقام بها أو على أن لا يتسرى أو على أن يطلق ضرتها أو إن كانت مولاة أو إن كانت أعجمية أو ثيباً على ألفين إن كان أضدادها فإن وفي بالأول أو كانت أعجمية ونحوه فلها الألف وإلا فمهر المثل لا يزداد على ألفين ولا ينقص عن ألف عند أبي حنيفة ، وكذا إن قدم شرط الألفين يصح المذكور عنده حتى لو طلقها قبل الدخول يجب لها نصف المسمى أولاً بناء على أنه لا خطر فيها وكذا في المسئلة الأولى لأن بالطلاق قبل الدخول يسقط اعتبار هذا الشرط ، وقالوا : الشرطان جائزان فلها الألف إن أقام بها والألفان إن أخرجهما . وقال زفر : الشرطان فاسدان فلها مهر مثلها لا ينقص

وهو البضع بدلين مختلفين على سبيل البدل وهما الألف والألفان فتفسد التسمية للجهالة ويجب مهر المثل . ولهما أن ذكر كل واحد من الشرطين مفيد فيصحان جميعاً . ولأبي حنيفة أن الشرط الأول قد صح لعدم الجهالة فيه . فيتعلق العقد به ، ثم لم يصح الشرط الثانى لأن الجهالة نشأت منه ولم يفسد النكاح ، وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما إذا تزوجه على ألفين إن كانت جميلة وعلى ألف إن كانت قبيحة حيث يصح فيها الشرطان جميعاً بالاتفاق والمسئلة في فتاوى الولوالجى وغيره . وأجيب بأن فى الأولى وجدت المخاطرة فى التسمية الثانية لأنها لا تلتزم أن الزوج يخرجها أولاً ، وفى المسئلة الثانية لا مخاطرة لأن المرأة إما جميلة فى نفس الأمر وإما قبيحة غير أن الزوج لا يعرفها

عن الألف ولا يزداد على الألفين . وجه قول أبي حنيفة إنه لا خطر في التسمية الأولى بل هي منجزة بخلاف الثانية فهي معلقة ، فإذا وجد شرطها بأن أخرجها مثلاً ثبت لها ذلك المسمى ، وقد كان ذلك المسمى الأول ثابتاً لأن المنجز لا يعدم وجود المعلق فحين وجد المعلق بوجود شرطه اجتمع تسميتان فيجب مهر المثل للجهالة . وجه قولهما أنهما معلقان فلا يوجد في كل تقدير سوى مسمى واحد . وجه قول زفر إنه لا تعليق أصلاً بل هما منجزان لأن ما يضم مع المال إنما يذكر للترغيب لا للشرط فاجتماعهما ففسدا للجهالة ، وأصلها في الإجازات وسرّداد هناك وضوحاً إن شاء الله تعالى . واعلم أنه نقل عن الدبوسى : لو تزوجها على ألف إن كانت قيحة وألفين إن كانت جميلة يصحان بالاتفاق لأنه لا خطر في التسمية الثانية لأن أحد الوصفين ثابت في نفس الأمر جزماً ، غير أن الزوج بجهله وجهالته لا توجب خطراً بالنسبة إلى الوقوع وعليه . واستشكل بأن مقتضاه ثبوت صحتهما اتفاقاً فيما إذا تزوجها بألف إن كانت مولاة أو ليست له امرأة وبألفين إن كانت حرة الأصل أو له امرأة أخرى لكن الخلاف منقول فيهما ، والأولى أن تجعل مسألة القيحة والجميلة على الخلاف ، فقد نص في نوادر ابن سماعه عن محمد على الخلاف فيهما . واعلم أنه لو كان تزوجها على ألف وعلى طلاق فلانة تطلق بمجرد تمام العقد ، بخلاف ما تقدم من كذا وأن يطلق فلانة فإنه ما لم يطلقها لم تطلق . وفي المبسوط : لو تزوجها على ألف وعلى أن يطلق امرأته فلانة وعلى أن تردّ عليه عبداً فقد بذلت البضع والعبد والزواج بدل الألف وشرط الطلاق فيقسم الألف على مهر مثلها وعلى قيمة العبد ، فإن كانا سواء كان نصف الألف ثمناً للعبد ونصفها صداقاً لها ، وإذا طلقها قبل أن يدخل بها فلها نصف ذلك ؛ وإن دخل بها نظر ، إن كان مهر مثلها خمسمائة أو أقل فليس لها إلا ذلك ، وإن كان أكثر فإن وفي بالشرط فطلق فليس لها إلا الخمسمائة ، وإن أبى أن يطلق لم يجبر عليه لأنه شرط الطلاق وإيقاع الطلاق لا يصبح التوأمه في الذمة فلا يلزمه بالشرط شيء ولها كمال مهر مثلها ، ولو كان تزوجها على ألف وطلاق فلانة على أن تردّ عليه عبداً وقع الطلاق بنفس العقد والزواج بذل شيئين الألف والطلاق والمرأة البضع والعبد ، والشيطان متى قبلاً بشيئين ينقسم كل واحد منهما على الآخر ، فإن كان مهر المثل وقيمة العبد سواء كان نصف الألف ونصف الطلاق صداقاً لها ، فإذا طلقها قبل الدخول كان لها مائتان وخمسون ، والطلاق الواقع على الضرّة بائن لأن بمقابلته نصف العبد ونصف البضع وإن لم يكن العوض مشروطاً على المطلقة ؛ وإنما جعلنا نصف العبد ونصف البضع بمقابلة الطلاق لأن الجهول إذا ضم إلى المعلوم فالانقسام باعتبار الذات دون القيمة . ولو استحق العبد أو هلك قبل التسليم رجع بخمسمائة حصّة العبد ونصف قيمة العبد أيضاً لأن نصف العبد بمقابلة نصف الطلاق ، واستحقاق العبد أو هلاكه قبل التسليم يوجب قيمته على من كان ملتزماً تسليمه فلها رجع بقيمة ذلك النصف . وهاهنا المسئلة التي تجاذبها بابا الشفعة والنكاح وهي ما إذا تزوجها على دار على أن تردّ عليه ألفاً تقسم الدار على مهر مثلها وعلى الألف ، حتى لو استويا فالنصف مهر والنصف مبيع ، وإن تفاوتتا تفاوتتا وهذا بالاتفاق ، ثم هل تثبت الشفعة لجار هذه الدار فيها مثلاً ؟ عند أبي حنيفة لا ، وعندهما نعم اعتباراً لبعض المبيع بالكل ، وهو يقول ما ثبت في ضمن شيء يعطى له حكم المتضمن لاحكم نفسه ، والبيع ههنا في ضمن

وجهله بصفته لا يوجب المخاطرة فيصح الشرطان جميعاً ، والمصنف لم يذكر وجوه الأقوال وأحاطها على باب الإجارة على أحد الشرطين ، ولم يذكر هناك هذه المسئلة وإنما ذكر مسألة الحيطة على ماسيجىء إن شاء الله تعالى

(ولو تزوجها على هذا العبد أو على هذا العبد فإذا أحدهما أوكس والآخر أرفع ؛ فإن كان مهر مثلها أقل من أوكسهما فلها الأوكس ، وإن كان أكثر من أرفعهما فلها الأرفع ، وإن كان بينهما فلها مهر مثلها ، وهذا عند أبي حنيفة ، وقالوا : لها الأوكس في ذلك كله (فإن طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الأوكس في ذلك كله بالإجماع)

النكاح إذا العقد بلفظ النكاح فحكمه حكمه ، ولا شفعة في الدار التي يتزوج عليها فكذا في هذه ، ولو اعتبر البيع أصلا فسد لأنه نكاح في ضمن بيع فيفسد البيع لأنه يفسد بالشروط الفاسدة وقبول النكاح صار شرطا فيه . وفي فتاوى الخاص من علامة النون : رجل تزوج امرأة ولم يسم لها مهرا على أن تدفع إليه هذا العبد فإنه يقسم مهر مثلها على قيمة العبد ومهر مثلها لأنها بذلت البضع والعبد بإزاء مهر المثل والبدل ينقسم على قيمة المبدل فما أصاب قيمة العبد فالبيع فيه باطل لأنها باعت به شيء مجهول ويصير الباقي مهرا لها . وذكر في علامة الواو قال لامرأة أتزوجك على أن تعطيني عبدك هذا فأجابته بالنكاح جاز بمهر المثل ولا شيء من العبد ، أما أنه لا شيء له من العبد فلأن هذا شرط فاسد ، وأما جواز النكاح فلأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة اهـ . وهذا اختلاف في القدر الذي يجب لها إذ مقتضى هذا أنه تمام مهر المثل بخلاف الأول (قوله ولو تزوجها على هذا العبد أو على هذا العبد) أو على هذه الألف أو هذا العبد أو على ألف أو ألفين (فإن كان مهر مثلها أقل من أوكسهما) أو مثله (فلها الأوكس) إلا أن يرضى الزوج بدفع الأرفع فهو لها إلا أن ترضى بالأوكس (وإن كان أكثر من أرفعهما) أو مثله (فلها الأرفع) إلا أن ترضى بالأوكس (وإن كان) مهر مثلها (بينهما) أى فوق الأوكس ودون الأرفع (فلها مهر مثلها ، وهذا عند أبي حنيفة وقالوا : لها الأوكس في ذلك كله ، فإن طلقها قبل الدخول فلها نصف الأوكس في ذلك كله بالإجماع) فلو كان قيمة العبدين سواء صحته التسمية اتفاقا ، وكثير على أن منشأ هذا الخلاف الخلاف في الواجب الأصلي في النكاح ؛ فعنده مهر المثل لأنه أعدل إذ هو قيمة البضع لأنه متقوم بحالة الدخول ، بخلاف المسمى فإنه قد يزيد على قيمته وقد ينقص فلا يعدل إليه إلا عند صحة التسمية وقد فسدت للجهالة بإدخال كلمة أو . وعندهما الواجب الأصلي المسمى فلا يعدل عنه إلى مهر المثل إلا إذا فسدت من كل وجه ، وهو منتف إذ يمكن إيجاب الأوكس لأنه متيقن قياسا على مالو خالعهما على هذا العبد أو هذا أو أعتقه على هذا العبد أو هذا فإنه يجب الأوكس فيهما اتفاقا ، وهذا إن كان منقولاً عنهم فلا كلام فيه ، وإن كان تخريجا فليس يلزم لجواز أن يتفقوا على أن الأصل مهر المثل ، ثم يختلفوا في فساد التسمية في هذه المسئلة ، فعنده

(ولو تزوجها على هذا العبد أو على هذا العبد) أصل هذا أن الضمان الأصلي عند أبي حنيفة مهر المثل ، وإنما يصار إلى التسمية إذا فسدت من كل وجه ولم تصح للجهالة . وعندهما الضمان الأصلي هو المسمى ، وإنما يصار إلى مهر المثل إذا فسدت من كل وجه ، وههنا ليس كذلك لإمكان العمل بالأوكس لكونه متيقنا كما في الخلع والإعتاق على مال على هذا الوجه فإن الأوكس في ذلك متعين ، وما في الكتاب واضح وإنما قال في مهر المثل (إذ هو الأعدل) لأنه لا يقبل الزيادة والنقصان لأنه قيمة منافع البضع وقيمة الشيء لا تقبل الزيادة والنقصان ،

(قال المصنف : ولو تزوجها على هذا العبد أو على هذا العبد) أقول : قال الزيلعي : وعلى هذا الخلاف لو تزوجها على هذا العبد أو على هذا الألف ، وكذا لو تزوجها على ألف أو على ألفين ، ومنشأ الخلاف أن البدل الأصل هو مهر المثل عنده ، وإنما يعدل عنه عند صحة التسمية . وعندهما المسمى هو الأصلي ، ولا يصار إلى مهر المثل إلا إذا فسدت التسمية من كل وجه ولم يمكن إيجاب المسمى اهـ . وسيصرح المصنف في بيان اختلاف الزوجين في المهر حيث نقل دليل أبي حنيفة ومحمد أن مهر المثل هو الموجب الأصلي في باب النكاح .

(٢٥ - فتح القدير ج١ - ٣)

لهما أن المصير إلى مهر المثل لتعذر إيجاب المسمى ، وقد أمكن لإيجاب الأوكس إذ الأقل متيقن فصار كالخلع والإعتاق على مال . ولأبي حنيفة أن الموجب الأصلي مهر المثل إذ هو الأعدل ، والعدل عنه عند صحة التسمية وقد فسدت لمكان الجهالة بخلاف الخلع والإعتاق على مال لأنه لا موجب له في البدل ، إلا أن مهر المثل إذا كان أكثر من الأرفع فالمرأة رضية بالخط ، وإن كان أنقص من الأوكس فالزوج رضى بالزيادة ، والواجب بالطلاق قبل الدخول في مثله المتعة ونصف الأوكس يزيد عليها في العادة فوجب لاعترافه بالزيادة (وإذا تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية ولها الوسط منه ، والزواج مخير إن شاء أعطاها ذلك وإن شاء أعطاها قيمته)

فسدت لإدخال أو فصيل إلى مهر المثل ، وعندهما لم تفسد لأن المتردد بينهما لما تفاوتتا ورضيت هي بأيهما كان فقد رضية بالأوكس فتعين دون الأرفع إذ لا يمكن تعيينه عليه مع رضاها بالأوكس . وإذا تعين مالها لم يصير إلى مهر المثل لأن المصير إليه حكم عقد لا تسمية فيه صحيحة ، وصار كالخلع على ألف أو ألفين والإعتاق بأن قال أعقتك على هذا العبد أو هذا وقبل فإنه يجب الأوكس فيهما . وهو يفرق بأن تعين الأوكس في هاتين ضرورة أن لا موجب فيهما في حق البدل ، وإنما يجب فيهما بالتسمية وأن لا يلغو كلامهما بالكلية ، ولا ضرورة هنا لأن للنكاح موجبا أصليا ، فإذا لم يتعين أحد ما رد فيه لا يلزم الإلغاء إذ يصاب بتصحیح به مهر المثل ، وهذا بخلاف ما لو خيرها بأن قال على أنها بالخيار تأخذ أيهما شئت أو على أني بالخيار أعطيك أيهما شئت فإنه يصح كذلك اتفاقا لانقضاء المنازعة أما مانحن فيه فلا لأنها لو أرادت أخذ الأرفع فامتنع تحقق المنازعة إذ ليس الرجوع إلى قول أحدهما بأولى من الآخر ، بخلاف التخيير إذ من له الخيار يستبد بالتعيين وصار كبيع أحد العبدین لا يجوز ، ولو سمي لكل ثمنًا وجعل خيار التعيين لأحدهما جاز ، وبخلاف ما لو أقر له بألف أو ألفين حيث يتعين له الألف لأنه لم يوقع ذلك في إنشاء معاوضة ، بل ذكر أن ذمته مشغولة بأحد المسالين والأصل براءة الذمة وهو في شك في اشتغالها بالألفين لم يجزم بهما فلا يلزم منه ، بخلاف الألف فإنه لم يشك فيها ، ولو تزوجها على ألف حالة أو مؤجلة إلى سنة ومهر مثلها ألف أو أكثر فلها الحالة وإلا فالمؤجلة وعندهما لها المؤجلة لأنها أقل ولو على ألف حالة أو ألفين إلى سنة ومهر مثلها كالأكثر فالخيار لها ، وإن كان كالأقل فله ، وإن كان بينهما يجب مهر المثل ، وعندهما الخيار له لوجوب الأقل عليه (قوله والواجب في الطلاق قبل الدخول الخ) وعلى هذا لو كانت المتعة زائدة على نصف الأوكس تحكم صرح به في الدراية فالحكم في الطلاق قبل الدخول في التحقيق ليس إلا متعة مثلها (قوله وإذا تزوجها على حيوان غير موصوف الخ) المهر كما يكون من النقود يكون من العروض والحيوان ، فإذا

بخلاف التسمية لأنها تقبلهما . وقوله (إلا مهر المثل) جواب عما يقال إذا كان مهر المثل هو الأعدل كان المصير إليه واجبا في الأحوال الثلاث . ووجهه أنه كذلك إلا أن مهر المثل (إذا كان أكثر من الأربع فالمرأة رضية بالخط وإن كان أنقص من الأوكس فالزوج رضى بالزيادة) فحملنا برضاها . وقوله (والواجب بالطلاق قبل الدخول) جواب عما يقال إذا كان كذلك كان الواجب أن يجب نصف الأرفع فيما يجب فيه الأرفع مهرا لأن الواجب في الطلاق قبل الدخول نصف المسمى . ووجهه أن الواجب في الطلاق قبل الدخول في مثله وهو ما تكون التسمية فيه فاسدة المتعة (ونصف الأوكس يزيد عليها عادة فوجب لاعترافه بالزيادة) قال (وإذا تزوجها على حيوان غير موصوف)

(قوله لأن الواجب في الطلاق قبل الدخول نصف المسمى) أقول : فيه أن التسمية فاسدة ، فكيف يجب نصف المسمى ؟

قال رحمه الله : معنى هذه المسئلة أن يسمى جنس الحيوان دون الوصف ، بأن يزوجه على فرس أو حمار . أما إذا لم يسم الجنس بأن يزوجه على دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل .

كان عرضاً أو حيواناً فإما معين كهذا العبد أو الفرس أو الدار فيثبت الملك بمجرد القبول فيه لها إن كان مملوكاً له . وكذا لو لم يكن مشاراً إليه إلا أنه أضافه إلى نفسه كعبدى وإلا فلها أن تأخذه بشرائه لها ، فإن عجز عن شرائه لزمه قيمته . ولو استحق نصف الدار خيرت في النصف الباقي في يدها ، إن شاءت ردت به بالعيب الفاحش وهو التشقيص في الأملاك المجتمعة ورجعت بقيمة الدار ، وإن شاءت أمسكت ورجعت بقيمة نصفها ، ولو طلقها قبل الدخول كان لها النصف الذي في يدها خاصة ، ولو ولدت الأمة عنده ثم مات الولد فليس على الزوج ضمانه ولا يكون حاله أعلى من حال ولد المغصوبة ولكن لها الأمة إن دخل بها ، ولا خيار لها إن كان نقصان الولادة يسيراً ، وإن كان فاحشاً فلها إن شاءت أخذت الجارية ولا يضمن الزوج شيئاً ، وإن شاءت أخذت قيمتها يوم تزوجه عليها لأن نقصان الولادة كالعيب السماوى وقد كان الولد جابراً لذلك النقصان . فإذا مات الولد ظهر النقصان لانعدام ما يجبره ، وقد بينا ثبوت الخيار لها في العيب السماوى بهذه الصفة . ولو كان الزوج قتله ضمن قيمته لأنه أتلف أمانة في يده ، فإن كان في قيمته وفاء بنقصان الولادة لم يضمن نقصانها وإن لم يكن أجاب في كافى الحاكم بأن عليه تمام ذلك . قال شمس الأئمة : وهو غلط ، فقد بين في الابتداء أن الزوج لا يضمن نقصان الولادة عند موت الولد فكذا لا يضمن ما زاد على قيمته من قدر النقصان ، ولكن إن كان يسيراً فلا خيار لها ، وإن كان فاحشاً فلها الخيار كما قلنا ، ولا إشكال في الثوب المعين في ثبوت الصحة ، غير أنه إذا زاد فقال هذا الثوب الهروى ولم يكن هروياً فليس لها غيره ، وعلى قول أبى يوسف لها قيمة ثوب هروى وسط ، وعلى قول زفر لها الخيار بين أن تأخذه أو تطلب قيمته الهروى الوسط لأنها وجدته على خلاف شرطه ، ولكننا نقول المشار إليه من جنس المسمى فيتعلق العقد بالمشار إليه ، وستقرره إن شاء الله تعالى . وإما غير معين فلا يخلو إما أن يكون مكىلاً أو موزوناً أو غيرهما ، ففي غيرهما إن لم يعين الجنس بأن قال حيوان ثوب دار لم يصح ويجب مهر المثل بالغا ما بلغ لأن بجهالة الجنس لا يعرف الوسط لأنه إنما يتحقق في الأفراد المماثلة وذلك باتحاد النوع ، بخلاف الحيوان الذى تحته الفرس والحمار وغيرهما والثوب الذى تحته القطن والكتان والحرير واختلاف الصنعة أيضاً والدار التى تحته ما يختلف اختلافاً فاحشاً بالبلدان والمحال والضيق والسعة وكثرة المرافق وقلتها فتكون هذه الجهالة أفحش من جهالة مهر المثل فهو المثل أولى . وإن عيّن بأن قال عبد أمة فرس حمار بيت صحى التسمية وإن لم يصفه وينصرف إلى بيت وسط من ذلك ، وكذا باقية وهذا في عرفهم . أما البيت في عرفنا فليس خاصاً بما ييات فيه بل يقال لمجموع المنزل والدار فينبغى أن يجب بتسميته مهر المثل كالدار ، وتجبر على قبول قيمته لو أنها بها ، ويقولنا قال مالك وأحمد خلافاً للشافعى . له أن عقد النكاح معاوضة فلا تصح التسمية مع جهالة العوض كالبيع . ولنا أنه معاوضة مال بما ليس بمال والحيوان يثبت في ذلك بالذمة أصله لإيجاب الشرع مائة من الإبل في الدية وفي الجنين غرة عبد أو أمة ،

صورة المسئلة أن يقول تزوجتك على فرس أو حمار . قال المصنف (معنى هذه المسئلة أن يسمى جنس الحيوان دون الوصف) يريد أنه لم يقل جيد أو وسط أو ردىء إلى غير ذلك من أوصافه . ورد بأن الفرس والحمار نوع لا جنس . وأجيب بأنه يجوز أن يكون مراده من الجنس اسم الجنس وهو ماعلق على شيء وعلى كل ما أشبهه ، ويرد عليه قوله أما إذا لم يسم الجنس بأن تزوجه على دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل فإنه اسم

وقال الشافعي : يجب مهر المثل في الوجهين جميعا ، لأن عنده ما لا يصلح ثمنا في البيع لا يصلح مسمى في النكاح إذ كل واحد منهما معاوضة . ولنا أنه معاوضة مال بغير مال فجعلناه التزام المال ابتداء حتى لا يفسد بأصل الجهالة كالدية والأقارير ، وشرطنا أن يكون المسمى مالا وسطه معلوم رعاية للجانبين ، وذلك عند إعلام الجنس لأنه يشتمل على الجيد والردىء والوسط ذو حظ منهما . بخلاف جهالة الجنس لأنه لا وسط له لاختلاف معاني الأجناس ، وبخلاف البيع لأن مبناه على المضايقة والمماكسة ،

في الذمة وليس فيها معلوم إلا الوسط من الأسنان الخاصة . وسر هذا الشرع عدم جريان المشاحة في ذلك حيث لم يقابلها مال فلا يفضى جهالة الوصف فيه إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسليم ، ألا يرى أن الشرع أوجب مهر المثل مع جهالة وصفه وقدره في بعض الصور بأن لم يكن من أقاربها من تزوج وعلم لها مهر فإنه يحتاج إلى تقويم وتخمين ، بل جهالة مهر المثل فوق جهالة العبد لأن جهالته في الصفة وجهالة المثل جهالة جنس فتصحح التسمية أولى (قوله وشرطنا أن يكون الخ) جواب سؤال تقديره لما شابه النكاح حينئذ الإقرار في كونه التزام مال ابتداء ينبغي أن يصح تسمية حيوان كما يصح الإقرار بشيء ويلزمه البيان من غير توقف على كون المقر به مالا له وسط وطرفان فقال : شرطنا ذلك رعاية لجانبى المرأة والزوج ، إذ جهة كونه معاوضة توجب اشتراط نفي الجهالة أصلا ، لكن لما لم يكن المال من الجانبين تحملت فيه الجهالة اليسيرة مع أنه المورد الشرعى : أعنى إيجاب الشرع للوسط في حيوان الزكاة رعاية لجانبى الفقراء وأرباب الأموال ، وكذا ما ذكرناه من الدية والغرة ، ولا يتعدى إلا حكم الأصل ، ولو أسقط قوله فجعلناه التزام المال ابتداء واكتفى بالإلحاق بالدية والغرة ومهر

جنس بالتعريف المذكور وهو ما علق على شيء وعلى كل ما أشبهه ولم تصح به التسمية . والحق أن يقال : أراد بالجنس ماهو مصطلح الفقهاء وهو النوع باصطلاح غيرهم . قوله (وقال الشافعي : يجب مهر المثل) واضح . وقوله (ولنا أنه معاوضة مال بغير مال) معناه أن في النكاح معنى التزام المال ابتداء ومعنى المعاوضة ، أما معنى المعاوضة فظاهر ، وأما معنى التزام المال ابتداء : يعنى بغير عوض فلأنه معاوضة مال بغير مال وكان كالدية والأقارير حيث يلزم فيهما أيضا مال من غير أن يكون في مقابلته عوض مالى فعملنا بمعنى التزام المال ابتداء ، وقلنا : لا يفسد بأصل الجهالة في مثله لأن الجهالة في مثله متحملة ، كما في الدية فإن الشرع جعل فيها مائة من الإبل غير موصوفة وكما في الأقارير ، فإن من أقر لإنسان بشيء صح إقراره وعملنا بمعنى المعاوضة (وشرطنا أن يكون المسمى مالا) معلوم الوسط رعاية لجانبى الزوج والمرأة كما وجب في الزكاة ذلك رعاية لجانبى الغنى والفقير (وذلك) إنما يتصور (عند إعلام الجنس) لأنه يشتمل على الجيد والردىء والوسط ذو حظ منهما ، بخلاف جهالة الجنس لأنه لا وسط له حينئذ لاختلاف معاني الأجناس (فإنه إذا قال عى دابة لم يجد نوعا يتوسط فيلزمه . قوله (وبخلاف البيع) جواب عن قوله مالا يصلح ثمنا لا يصلح مسمى في النكاح ، ووجهه أن (مبناه على المضايقة والمماكسة) أى المنازعة لأنه معاوضة مال ليس فيه معنى التزام المال ابتداء فيفسد بأصل الجهالة

(قوله والحق أن يقال : أراد بالجنس ماهو مصطلح الفقهاء وهو النوع باصطلاح غيرهم) أقول : فيه بحث ، فإن كلا من العبد والجارية جنس عند الفقهاء وليس نوعا باصطلاح غيرهم بل أخص منه كما لا يخفى .

أما النكاح فبناه على المساحة . وإنما يتخير لأن الوسط لا يعرف إلا بالقيمة فصارت أصلا في حق الإيفاء والعبد أصل تسمية فيتخير بينهما (وإن تزوجها على ثوب غير موصوف فلها مهر المثل ومعناه ذكر الثوب ولم يزد عليه) ووجهه أن هذه جهالة الجنس إذ الثياب أجناس . ولو سمي جنسا بأن قال هروى يصح التسمية ويخير الزوج لما بينا ، وكذا إذا بالغ في وصف الثوب في ظاهر الرواية لأنها ليست من زوال الأمثال . وكذا إذا سمي مكبلا أو موزونا وسمى جنسه دون صفته ؛ وإن سمي جنسه وصفته لا يتخير لأن الموصوف منهما يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا

المثل استغنى عن هذا السؤال وجوابه (قوله وإنما يتخير الزوج) جواب عن سؤال مقدر أن ما ذكرتم يقتضي وجوب الوسط . والحكم عندكم وجوب أحد الأمرين منه ومن قيمته حتى تجبر على قبولها . أجب لما كان الوسط لا يعرف إلا بتقويمه صارت القيمة أصلا مزاحا للمسمى كأنها هو فهي أصل من وجه فتجبر على قبول أى أنها به . وبهذا التقرير يندفع ما قد يقال : إذا كان الحكم ذلك صار كأنه تزوجها على عبد أوقيمة . وفيه يجب مهر المثل لأن هذا التقرير إنما أفاد أن الأصل العبد عينا والقيمة مخلص : ألا يرى إلى التشبيه في قولنا كأنها هو . وفي المبسوط بعد أن قال لكون المهر عوضا راعينا صفة الوسطية ليعتدل النظر من الجانبين ولكونه مالا يلزم ابتداء لا يمنع جهالة الصفة صحة الالتزام . قال : ولهذا لو أنها بالقيمة أجبرت على القبول لأن صحة الالتزام باعتبار صفة المالية والقيمة فيه كالعين . هذا وتعتبر القيمة بقدر الغلاء وبالرخص ، ويختلف ذلك بحسب الأوقات وهو الصحيح وإنما قدر أبو حنيفة في العبد السود بأربعين دينار أو في العبد البيض بخمسين لما كان في زمانه (قوله وإن تزوجها على ثوب الخ) تقدم الكلام فيه (قوله وكذا إذا بالغ في وصف الثوب) بأن ذكر بعد نوعه طوله وعرضه ورقته وعلى منوال كذا لا يختلف الجواب من أنها تجبر على أخذ القيمة كما على أخذ الثوب ؛ وجعله ظاهر الرواية احترازا عما عن أبي حنيفة يجبر الزوج على عين الوسط وهو قول زفر ، وعما عن أبي يوسف أنه إن ذكر الأجل مع ذلك تعين الثوب لأن موصوفه إذا كان مؤجلا يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا في السلم ، وإن لم يؤجل تخير الزوج . وعبارته في المبسوط ، فإن عين صفة الثوب فعلى قول زفر لا تجبر على القيمة إذا أنها بها ، وعلى قول أبي يوسف إن ذكر الأجل إلى آخر ما ذكرناه ؛ ثم قال : وزفر يقول الثوب يثبت في الذمة موصوفا ثبوتا صحيحا

(أما النكاح فبناه على المساحة) فلا يفسد بالجهالة ما لم تفحش . وقوله (وإنما يتخير) متعلق بقوله والزوج مخير ، ومعناه أن لكل واحد من الوسط والقيمة جهة أصالة . أما القيمة فلأن الوسط لا يعرف إلا بالقيمة فصارت أصلا في حق الإيفاء . وأما الوسط فلأن التسمية وقعت عليه فيتخير بينهما وتجبر المرأة على القبول بأيهما أتى . وقوله (وإن تزوجها على ثوب غير موصوف) يعني لم يذكر نوعا منه . وقوله (إذ الثياب أجناس) يعني أنها تكون قطنًا وكتانا وإبريسما وغيرها . وقوله (وكذا إذا بالغ في وصف الثوب) معنى المبالغة فيه هو أن يوصله إلى حد يجوز فيه عقد السلم . وقوله (في ظاهر الرواية) احتراز عما روى عن أبي حنيفة أن الزوج يجبر على تسليم الوسط ، وهو قول زفر لأنه بالمبالغة فيه يلتحق بذوات الأمثال ولهذا يجوز فيه السلم . وعن أبي يوسف أنه إن ضرب الأجل يجبر على الدفع وإلا فلا لأنه بضرب الأجل صار نظير السلم . وجه الظاهر ما ذكره أنها ليست من ذوات الأمثال بدليل أن مستهلكها لا يضمن المثل فصارت كالعبد (وكذا إذا سمي مكبلا أو موزونا وسمى جنسه) مثل أن يقول تزوجتك على كمر حنطة أو من من زعفران ولم يزد على ذلك كان الزوج مخيرا بين الوسط وقيمته (وإن سمي جنسه وصفته لا يتخير) بل يجبر على الوسط (لأن الموصوف منهما يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا) حالا أو مؤجلا ولهذا

(وإن تزوج مسلم على خمر أو خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها) لأن شرط قبول الحمر شرط فاسد فيصح النكاح ويلغو الشرط ، بخلاف البيع لأنه يبطل بالشروط الفاسدة لكن لم تصح التسمية لما أن المسمى ليس بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل (فإن تزوج امرأة على هذا الدن من الخل فإذا هو خمر فلها مهر مثلها عند أبي حنيفة . وقالوا : لها

لأنه بالمبالغة في ذكر صفته يلتحق بذوات الأمثال ولهذا يجوز السلم فيه ، واشتراط الأجل هناك من حكم السلم لا من حكم ثبوت الثياب دينا في الذمة فاستوى ذكر الأجل وعدمه . وأجاب بأن قال : لكننا نقول لو باع عبدا بثياب موصوفة في الذمة لا يجوز إلا مؤجلا وإن لم يكن العقد سلما ، فعرفنا أن الثياب لا تثبت دينا ثبوتا صحيحا لا مؤجلا . وظاهره ترجيح قول أبي يوسف ، وقد يقال : بل حاصل الصورة سلم والعبد رأس ماله والثياب المؤجلة المسلم فيه ، ولا يخفى ترجيح قول زفر إذا لم يندفع قوله إن اشتراط الأجل ليس من حكم ثبوته في الذمة وهو ظاهر . وأما المكيل والموزون فإن سمي بنفسه كعلي أردب قمح أو شعير دون صفته فكغيره من ثبوته وإجبارها على قبول القيمة وإن وصفه كجيدة خالية من الشعير صعيدية أو بحرية لا يخير الزوج ، بل يتعين المسمى لأن الموصوف منهما يثبت في الذمة صحيحا حالا كالقرض ومؤجلا كما في السلم . وعن أبي حنيفة : لا تجبر على القيمة فيما إذا لم يسم الصفة أيضا لأن صحة التسمية إنما توجب الوسط مخيرا بينه وبين القيمة كما في الفرس والعبد لا يتعين الوسط (قوله وإن تزوج مسلم على خمر أو خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها) وبه قال الثلاثة ، وقالوا في رواية عن كل منهم : يفسد النكاح لامتناع العوض إذ المسمى يمنع عوضا آخر وهو ممتنع التسليم في حق المسلم . قلنا : امتناع التسليم لا يزيد على فساد التسمية ، وفسادها لا يزيد على اعتبارها عدما مع اشتراط قبوله ، والنكاح لا يفسد بعدم التسمية ولا بالشرط الفاسد ، بخلاف البيع يفسد بالأول لأنه ركنه وبالتالي لأن الشرط الفاسد يصير ربا لأن الشرط زيادة خالية عن العوض في أحد الجانبين ولا ربا في النكاح (قوله فإن تزوج امرأة على هذا الدن من الخل فإذا هو خمر) أو على هذا العبد فإذا هو خمر ؛ فعند أبي حنيفة لها مهر مثلها فيهما : وقال أبو يوسف :

جاز استقرضه والسلم فيه . قوله (وإن تزوج مسلم على خمر أو خنزير فالنكاح جائز ولها مهر المثل لأن شرط قبول الحمر شرط فاسد) معناه أن قوله تزوجتك على خمر بمنزلة قوله تزوجتك بشرط قبولك الحمر ، هذا شرط فاسد والنكاح لا يبطل به لأن الشرط فيه لا يربو على ترك التسمية أصلا وذلك لا يفسده فهذا أولى (بخلاف البيع) لأنه يبطل بالشروط الفاسدة لأن الشرط فيه بمعنى الربا وهو يفسده ، وفي قوله بخلاف البيع إشارة إلى رد قياس مالك النكاح على البيع فإنه قال تسمية الحمر والخنزير تمنع وجوب عوض آخر ، ولا يمكن إيجاب الحمر والخنزير بالعقد على المسلم فكان كما لو باع عينا بهما ، وقلنا : لما لم تصح التسمية في نفسها لكون المسمى ليس بمال : أي ليس بمال متقوم في حق المسلم لم تمنع وجوب الغير فوجب مهر المثل . قال (فإن تزوج امرأة على هذا الدن من الخل) صورة المسئلة ظاهرة . وحاصل اختلافهم أن محمدا مع أبي يوسف في ذوات الأمثال في أن الحكم يتعلق

(قوله وحاصل اختلافهم أن محمدا مع أبي يوسف الخ) أقول : قال العلامة الزيلعي : هذا الكلام لا يكاد يصح أبدا لأن محمدا لم يعلق الحكم بكونه من ذوات الأمثال أو من ذوات القيم ، ولم يعتبر هذه الجهة أصلا ، وإنما اعتبر كون المسمى من جنس المشار إليه أم لا ، فإن كان من جنس يتعلق بالمشار إليه ، وإن كان من خلافه يتعلق بالمسمى سواء كان من ذوات الأمثال أو من ذوات القيم . أهـ . ألا يرى أنه إذا تزوجها على هذه الشاة فإذا هو خنزير ، أو هذه الجارية فإذا هو غلام تعتبر التسمية عند محمد لاختلاف الجنس . وإذا تزوجها على هذا الدن من الخل

مثل وزنه خلا ، وإن تزوجها على هذا العبد فإذا هو حر يجب مهر المثل عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : تجب القيمة (لأبي يوسف أنه أطمعها مالا وعجز عن تسليمه فتجب قيمته أو مثله إن كان من ذوات الأمثال كما إذا هلك العبد المسمى قبل التسليم . وأبو حنيفة يقول : اجتمعت الإشارة والتسمية فتعتبر الإشارة لكونها أبلغ في المقصود وهو التعريف ، فكأنه تزوج على خمر أو حر .

لها مثل وزن الخمر خلا ، وقيمة الحر المشار إليه لو كان عبدا ، وقال محمد بقول أبي حنيفة في الحر وبقول أبي يوسف في الخمر . وذكر الحاكم أن قول أبي يوسف الأول في الحر كقولهما . وظاهر كلام الهداية في

بالتسمية دون مهر المثل ، ومع أبي حنيفة في ذوات القيم في إيجاب مهر المثل دون القيمة . ثم الأصل أن المعتبر هو الإشارة عند أبي حنيفة في الفصول كلها ، والتسمية عند أبي يوسف في الفصول كلها والإشارة في الجنس الواحد ، والتسمية في الجنسين عند محمد ، والمصنف قدم دليل أبي يوسف وهو ظاهر : ثم ذكر دليل أبي حنيفة وقال فيه (لكونها) يعني الإشارة (أبلغ في المقصود وهو التعريف) لأن الإشارة بمنزلة وضع اليد على الشيء ، ويحصل بها كمال التمييز لأن الإشارة إلى الشيء واردة غير ممتنعة ، وأما التسمية فمن باب استعمال اللفظ ، ويجوز إطلاق اللفظ وإرادة غير ما وضع له وآخر دليل محمد وكأنه أشار إلى اختيار مذهبه ، ودليله موقوف على تقديم مقدمتين : إحداهما أن المراد بالمাহية هو الحقيقة من حيث هي وبالذات موجود في الخارج يصبح أن يكون مشارا إليه إشارة حسية . والثانية أن المراد بالجنس ما يكون الفاصل بين آحاده أمرا واحدا فيكون التفاوت يسيرا كالعبد والحر والميتة والمذكاة ، والذكر والأنثى في غير الإنسان ، وبالجنسين ما يكون الفاصل بينهما أكثر من ذلك فيفحش التفاوت كالخل والخمر فإن الفاصل بينهما الاسم والصفة كالحموضة في الخل والحدة في الخمر والمعنى كالإسكار وعدمه والحارية والعبد فإن الفاصل بينهما الاسم والصفة ، فإذا ظهر هذا فإذا اجتمعت التسمية والإشارة في العقد ، فإن كان المسمى والمشار إليه من جنس واحد كان المعتبر هو المشار إليه لأن التسمية هناك لا تدل على ماهية أخرى وإنما تدل على صفة والصفة تتبع الموصوف في الاستحقاق والموصوف موجود في المشار إليه لأنه هو المشار إليه لولا الصفة ولم تعتبر الصفة لتبعيتها وإن كانا من جنسين ، فالمعتبر هو المسمى لأن التسمية حينئذ تدل على ماهية خلاف المشار إليه فيكون المسمى مثل المشار إليه في استحقاق أن يكون مرادا ولا يكون تابعا له لأن المقتضى لعدم شيء لا يتبعه فيتعارضان في الاستحقاق ، والتسمية أبلغ في التعريف إذا كانا من جنسين من حيث أنها تعرف الماهية ، والإشارة إنما تعرف ذاتا مشارا إليه من غير دلالة على حقيقته . هذا الذي سنح لي

فإذا هو متجنس يعتبر الإشارة ويوجب مهر المثل لاتحاد الجنس ، وإن أردت زيادة التفصيل انظر إلى الكافي والزيلعي (قوله ويجوز إطلاق اللفظ وإرادة غير ما وضع له) أقول : فإن من قال هذه الكلية طالق لامرأته ، أو هذا الحمار حر لعبد يوقع الطلاق والعاق ، وإطلاق الكلية والحمار تجوز (قوله إحداهما أن المراد بالمَاهِيَةِ هو الحقيقة من حيث هي) أقول : أي بلا اعتبار الوجود الخارجي لابلا اعتبار صفة مطلقا ، فلا ينافي كلامه هنا لما سيذكره في كتاب البيع ، ويدل على ما ذكرنا قوله بعد أسطر وإنما يدل على صفة فتأمل (قوله وبالذات الخ) أقول : في قوله والإشارة تعرف الذات لإني قوله موجود في المشار ذاتا ، فإن لفظ الذات فيه بمعنى نفس الحقيقة من حيث هي بدون الصفة (قوله فيكون التفاوت يسيرا كالعبد والحر والميتة والمذكاة والذكر والأنثى في غير الإنسان) أقول : والمالية في العبد وحل الانتفاع في الذكاة من الأحكام دون الأوصاف ، إلا أن في الذكر والأنثى كلاما لا يفتي (قوله والمنى كالإسكار الخ) أقول : عطف على الصفة (قوله والصفة تتبع الموصوف في الاستحقاق) أقول : أي في استحقاق الإرادة (قوله لأنه هو المشار إليه الخ) أقول : لم يظهر ما ذكره وجه ترجيح جانب الإشارة على جانب التسمية ، فإن دلالة التسمية على ذات موصوفة بصفة ، كما أن المشار إليه ذات موصوفة بصفة (قوله لولا الصفة) أقول : التي في المشار إليه (قوله ولم تعتبر الصفة) أقول : التي تدل عليها التسمية (قوله تعرف الماهية) أقول : التي هي الأصل

ومحمد يقول: الأصل أن المسمى إذا كان من جنس المشار إليه يتعلق العقد بالمشار إليه لأن المسمى موجود في المشار إليه ذاتا ، والوصف يتبعه وإن كان من

التعليلات مقتضى افتراقهم في مباني الخلاف لأنه خص أبا يوسف بما حاصله أنه سمي لها مالا وتعذر تسليمه فتجب قيمته في القيمي والمثل في المثل ، والعبد قيمي والخمر مثل . ثم قال وأبو حنيفة يقول : لما اجتمعت الخ والتحقيق أنه لا خلاف بينهم فيه . إفني الإيضاح : لا خلاف بينهم أن المعتبر المشار إليه إن كان المسمى من جنسه وإن كان من خلاف جنسه فالمسمى . وفي إشارات الأسرار قال : هذا الخلاف ينشأ من أصل مجمع عليه إلى آخر معنى ما ذكرنا وما نذكر ، ولأن هذا الأصل متفق عليه في البيوع والإيجارات وسائر العقود . وتفصيله من الكافي قال : هذه المسائل مبنية على أصل . وهو أن الإشارة والتسمية إذا اجتمعتا والمشار إليه من خلاف جنس المسمى فالعبرة للتسمية لأنها تعرف الماهية والإشارة تعرف الصورة فكان اعتبار التسمية أولى لأن المعاني أحق بالاعتبار . وإن كان المشار إليه من جنس المسمى إلا أنهما اختلفا وصفا فالعبرة للإشارة لأن المسمى موجود في المشار إليه ذاتا ، والوصف يتبعه : أي يتبع الذات ؛ ألا ترى أن من اشترى فصا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج لا ينعقد لاختلاف الجنس . ولو اشتراه على أنه آخر فإذا هو أخضر ينعقد لاتحاده . والشأن في التخيير على هذا الأصل ؛ فأبو يوسف يقول : الحر مع العبد والخمر مع الخمر جنسان مختلفان في حق الصداق لأن أحدهما مال متقوم يصلح صداقا والآخر لا . فالحكم حينئذ بالمسمى وكأن الإشارة تبين وصفه كأنه قال : عبد كهذا الحر وخل كهذا الخمر . ومحمد يقول : العبد مع الحر جنس واحد ، إذ معنى الذات لا يفرق فيهما ، فإن منفعهما تحصل على نمط واحد ، فلماذا لم يتبدل معنى الذات اعتبر جنسا واحدا ، فالعبرة للإشارة والمشار إليه لا يصلح مهرا فوجب مهر المثل ، أما الخل مع الخمر فيجنسان ، إذ المطلوب من الخمر غير المطلوب من الخل ، فالحكم فيه كما قال أبو يوسف . وأبو حنيفة يقول : لا تأخذ الذاتان حكم الجنسين إلا بتبدل الصورة والمعنى ، لأن كل موجود من الحوادث

في حل هذا الخل ، وأز يدك بيانا وهو أن كل موضع دلت التسمية فيه على معنى يتحقق المشار إليه عند ارتفاعه فهو جنس واحد ، فإن صفة كونه عبدا إذا ارتفعت عاد حرا لعدم الوساطة ، وكذا في الميتة والذكية والذكر والأنثى ، وكل موضع دلت التسمية فيه على معنى لم يتحقق المشار إليه عند ارتفاعه لوجود الوساطة فهما جنسان ، فإن صفة كونه خلا إذا ارتفع لا يلزم أن يكون خرا لجواز أن يكون عصيرا ، وكذا إذا ارتفع كونها جارية

(قوله فإن صفة كونه عبدا إذا ارتفعت عاد حرا لعدم الوساطة) أقول : فيه بحث لجواز أن يكون جارية ، كما يجوز أن تكون عبدا إذا ارتفع كونها جارية ، ويجوز أن يجاب عنه بأن يقال : المراد ارتفاع الصفة فقط مع بقاء الذات والموصوف ، وهو في العبد هو الإنسان الذكر وفي الميتة هي الشاة ، وكذا في الذكر والأنثى منها ، وفي الخل ماء العنب ، وفي الجارية هو الإنسان الأنثى فليتأمل (قال المصنف : لأبي يوسف أنه أطعمها مالا وعجز عن تسليمه فتجب القيمة) أقول : قال ابن الهمام : ظاهر كلام الهداية في التعليقات يقتضى افتراقهم في مباني الخلاف لأنه خص أبا يوسف بما حاصله سمي لها مالا وتعذر تسليمه فتجب قيمته في القيمي والمثل في المثل والعبد قيمي والخل مثل . ثم قال : وأبو حنيفة رحمه الله يقول : لما اجتمعت الخ ، والتحقيق أنه لا خلاف بينهم فيه اهـ . أضاف المصنف في كتاب البيع هذا الأصل إلى محمد واستدل به على مسألة وفاقية ، فالإضافة إليه تدل على التخصيص ، والاستدلال على الوفاقية يدل على الاتفاق ، والظاهر هو الثاني ، والتخصيص يجوز أن يكون للتخيير فليتأمل (قال المصنف : ومحمد يقول الأصل أن المسمى إذا كان من جنس المشار إليه)

لخلاف جنسه يتعلق بالمسمى لأن المسمى مثل المشار إليه وليس يتابع له ، والتسمية أبلغ في التعريف من حيث أنها تعرف الماهية ، والإشارة تعرف الذات ؛ ألا ترى أن من اشترى فصا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف الجنس ، ولو اشترى على أنه ياقوت أحرر فإذا هو أخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس . وفي مسئلتنا العبد مع الحر جنس واحد لقلة التفاوت في المنافع ، والحر مع الخلل جنسان لفحش التفاوت في المقاصد (فإن تزوجها على هذين العبدين فإذا أحدهما حر فليس لها إلا الباقي إذا ساوى عشرة دراهم عند أبي حنيفة)

موجود بها ، وصورة الخلل والحر والعبد واحدة فاتحد الجنس ، فالعبرة للإشارة فيهما والمشار إليه غير صالح فوجب مهر المثل اه . وغاية الأمر أن يكون سمي الحر خلا والحر عبدا تجوزا ، وذلك لا يمنع تعلق الحكم بالمراد كما لو قال لامرأته هذه الكلبة طالق ولعبده هذا الحمار حر تطلق ويعتق ، فظهر أن لا اختلاف بينهم في الأصل بل في اختلاف الجنس واتحاده ، فلزم أن ما ذكر في بعض شروح الفقه من أن الجنس عند الفقهاء المقول على كثيرين مختلفين بالأحكام إنما هو على قول أبي يوسف ، وعند محمد المختلفين بالمقاصد ، وعند أبي حنيفة هو المقول على متحدى الصورة والمعنى . ثم لا يخفى أن اللائق كون الجواب على قول أبي يوسف وجوب القيمة أو عبد وسط لأن إلغاء الإشارة واعتبار المسمى يوجب كون الحاصل أنه تزوجها على عبد وحكمه ما قلنا ، ولو تزوجها على عكس ما ذكرنا : أي على هذا الدن من الحر فإذا هو خل . أو على هذا الحر فإذا هو عبد ، أو على هذه الميتة فإذا هي ذكية ، فلها المشار إليه في الأصح عند أبي حنيفة ، وإن روى عنه مهر المثل وقد مر على أصله . وبالأصح عن أبي حنيفة قال أبو يوسف : فأوجب الذكية وما معها ، وأوجب محمد المذكاة ومهر المثل في الحر فر على أصله ، وأبو يوسف خالف أصله واعتذر عنه بأنه جمع بين الإشارة والتسمية ، وصحت إحداها وبطلت الأخرى ، فاعتبرت الصحة وصارت الأخرى كأن لم تكن . وكذا خالف أبو حنيفة الأصل المذكور له على تلك الرواية القائلة بوجوب مهر المثل . ووجه بأنه يقول الموجب الأصلي مهر المثل ، وإنما اعتبرنا الإشارة هناك لتجب ، ولو اعتبرناها هنا لا يجب فلا تعتبر ليجب مهر المثل لأنه هو الأصل (قوله فإن تزوجها على هذين العبدين فإذا أحدهما حر فليس لها عند أبي حنيفة إلا الباقي إذا ساوى عشرة) فإن لم يساو عشرة كملت العشرة

لا يلزم أن تكون عبدا لجواز أن تكون حرة ، وعلى هذا إذا تزوجها على هذين العبدين فإذا أحدهما حر فليس لها إلا الباقي إذا ساوى عشرة دراهم عند أبي حنيفة لأنه يعتبر الإشارة والإشارة إلى الحر تخرجه عن العقد فكان تسمية العبد الثاني لغوا وكأنه تزوجها على عبد فليس لها إلا ذلك ، ولا يجب مهر المثل لأنهما لا يجتمعان . ووجه أبي يوسف ظاهر ، وكذا وجه محمد لأنه في الجنس الواحد تعتبر الإشارة ، ولو كانا حرين وجب تمام مهر المثل عنده ، فإذا كان أحدهما عبدا يجب العبد وتتمام مهر المثل ، والمصنف ذكر في دليل أبي حنيفة قوله لأنه

أقول : هذا الأصل متفق مجمع عليه لكن أبا يوسف يقول : العبد المسمى والخل المسمى مال صالح لجمعه مهرا والحر والحر لا يصلحان فكانا جنسين في المهر . وأبو حنيفة رحمه الله اعتبر الذات والمعنجان الخلية والخمرية والرقية والحرية يتصور إثباتهما لذات واحدة على التعاقب ، فلم يتصور اختلاف الجنس باختلاف المعنيين . وباقى التفصيل في شرح الكافي ، فعلى هذا إذا تزوجها على هذه الجارية فإذا هي غلام ينبغي أن تعتبر التسمية عند أبي حنيفة لاختلاف الجنس عنده أيضا كما سيجي في البيع ، بخلاف تقرير المصنف فعليك بالتأمل والتتبع (قوله وجب تمام مهر المثل عنده الخ) أقول : وكذا عند أبي حنيفة فلا وجه للتخصيص ظاهرا (قوله يجب العبد وتتمام مهر المثل) أقول : لانعدام رضاها بالباقي

لأنه مسمى ، ووجوب المسمى وإن قل يمنع وجوب مهر المثل (وقال أبو يوسف : لها العبد وقيمة الحر عبداً) لأنه أطمعها سلامة العبدین وعجز عن تسليم أحدهما فتجب قيمته (وقال محمد) وهو رواية عن أبي حنيفة (لها العبد الباقي وتام مهر مثلها إن كان مهر مثلها أكثر من قيمة العبد) لأنهما لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل عنده

(لأنه مسمى ، ووجوب المسمى المستحق بأصل العقد وإن قل يمنع وجوب مهر المثل. وقال أبو يوسف : لها العبد وقيمة الحر) لو كان (عبداً) لأنها ما رضىت إلا بهما وتعذر تسليم أحدهما فتجب القيمة . وقال محمد : لها الباقي وتام مهر مثلها إن لم يبلغ الباقي مهر المثل ، وهو رواية عن أبي حنيفة . فعلى هذا لو بلغ الباقي مهر المثل لايزاد عليه فيتحد بقول أبي حنيفة لأنهما لو كانا حرين يجب مهر المثل فإذا كان أحدهما حراً ولم يبلغ الباقي مهر المثل تم مهر المثل دفعا للضرر عنها . فهنا مقامان لهما : مقام اختلافهما فيه وهو تعيين الواجب مع الباقي ومقام اتفاقهما فيه وهو عدم الاقتصار على الباقي ولهما فيه الإلحاق بالمسئلة السابقة : أعنى ما إذا تزوجها على ألف وأن لا يخرجها من البلد ولم يف حيث يكمل مهر المثل لأنها لم ترض بذلك القدر فقط ، وقد امتنع الباقي فلم يجب الاقتصار عليه . والجواب الفرق بأن الفات في السابقة لم يستحق بأصل العقد مدفوع بأن لا أثر لاستحقاق مستحق خاص بأصل العقد في دفع استحقاق غيره ، ولزوم مهر المثل فيها ليس إلا لعدم رضاها بذلك القدر تسمية إذ لم ترض إلا بالكل ، غير أن الفات هناك لما لم يتقوم صير إلى مهر المثل ، وهنا يتقوم بمعنى يقوم هذا الحر عبداً فتجب قيمته ، وعلى هذا يترجح قول أبي يوسف من حيث الوجه . وقد يجاب بأن جبر الفات هناك لعدم رضاها وعدم تقصيرها في تعيين ماترضى به ، أما هنا فهي المقصرة في الفحص عن حال المسميين فإنه مما يعلم بالفحص بخلاف السابقة لأن عدم الإخراج وطلاق الضرة إنما يعلم بعد ذلك فكانت هنا ملتزمة للضرر معنى . هذا وقد خرجت هذه المسئلة على ما يليها من الأصل الذي ذكرناه : فعند أبي حنيفة تسمية العبد عند الإشارة إلى الحر لغو ، وإذا لغا تسمية أحد العبدین صار كأنه تزوجها على عبد فليس لها غيره . وعند أبي يوسف تسمية العبد معتبرة مع الإشارة إلى الحر ، فاعتبر تسمية العبدین لكنه عجز عن تسليم أحدهما فوجب قيمته . ومحمد يقول : الأمر كما قال أبو حنيفة إن تسمية العبد عند الإشارة إلى الحر لغو ، لكنها لم ترض في تملك بضعها بعبد واحد فيجب النظر إلى مهر المثل لدفع

مسمى بناء على ما ذكرنا أن الإشارة أبطلت العبد الثاني . وقوله (ووجوب المسمى وإن قل يمنع وجوب مهر المثل) اعترض عليه بما قال قبل هذا ، ولو تزوجها على ألف إن أقام بها إلى أن قال وإن أخرجهما فلها مهر المثل ، وبما قال في الزيادات أن الرجل إذا تزوج امرأة على ألف درهم وعلى أن يعتق أباهما ثم إن لم يف بالشرط فلها الألف إلى تمام مهر مثلها . وهذا يدل على أن ذكر المسمى لا يمنع وجوب مهر المثل . وأجيب بأن ذلك الشرط استحق بعقد النكاح ، فقواته يوجب فوات رضاها فيكمل لها مهر المثل . وأما الحر فلم يستحق أصلاً . وبأن الوقوف على ما شرط غير ممكن لأنه شرط على خطر الوجود . فلو لم يجب لها إلى تمام مهر المثل لزمها ضرر لا يمكن الاحتراز

(قوله اعترض عليه بما قال قبل هذا الخ) أقول : كيف ينتقض به ولا وجوب للمسمى فيه من حيث أنه مسمى لفساد التسمية الثانية تأمل (قوله وهذا يدل على أن ذكر المسمى) أقول : والأنسب أن يقول وجوب المسمى (قوله وأجيب بأن ذلك الشرط استحق بعقد النكاح الخ) أقول : جواب عن السؤال الثاني لأن شرط عدم الإخراج فاسد لا يستحق بالنكاح . ويرد عليه أنه إذا كان مستحقاً فلم لا يجبر على إيقائه (قوله يوجب فوات رضاها) أقول : بالألف (قوله وبأن الوقوف على ما شرط غير ممكن الخ) أقول : فيه بحث ، فإن إتمام التعليل بغيره لم يذكره أولاً بعد انقطاع ذكره الشارح في السلم فراجع (قوله فلم يجب لها الخ) أقول : الزائد على الألف

فإذا كان أحدهما عبداً يجب العبد وتمام مهر المثل (وإذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول

الضرر ، ولا جواب إلا بما قلنا من التزامها لذلك حيث قصرت إن تم ، وإلا فالأوجه قول أبي يوسف ، وكونها مقصورة بذلك ممنوع إذ العادة مانعة من التردد في أن المسمى جراً أو عبداً . وقريب من هذا ما لو تزوجها على هذه الثياب العشرة فإذا هي تسعة ليس لها غير التسعة ، وحكم محمد بها كما قال أبو حنيفة إن ساوت مهر مثلها أو زادت وإلا كمل لها مهر مثلها ، وفي فتاوى الخصاصي : من علامة العين تزوجها على هذه الأثواب العشرة فإذا هي أحد عشر ، فإن كان مهر مثلها أحد عشر وزيادة فلها أحد عشر عند أبي حنيفة وبه يفتي ، لأن المهر إحدى العشريين أجودهما أو أردأهما فصار كما إذا تزوج على أحد هذين العبدتين ، أما إذا وجدت تسعة فلها التسعة لا غير عنده وبه يفتي ، فرق بين هذا وبين ما إذا تزوجها على هذه الأثواب العشرة الهروية فإذا هي تسعة حيث كان لها التسعة وثوب آخر في قولهم جميعاً لأن في الأولى المنطوق به الثوب المطلق ، والثوب المطلق لا يجب مهرها ألا ترى أنه لو تزوجها على ثوب مطلق يجب مهر المثل ، وفي الثانية المنطوق به ثوب هروى وهذا يجب مهرها . وشرح العبارة الأولى أن الزوج إنما وقع على عشرة ، وحين وجدت أحد عشر فلا بد أن تشمل غالباً على عشرة هي أجود الأحد عشر وعشرة هي أراد الأحد عشر فصارت التسمية عشرة من أحد عشر إما أردؤها أو أجودها . وبه تفسد التسمية عند أبي حنيفة فيحكم مهر المثل ، فإذا كان أحد عشر أو أكثر فلها الأحد عشر لرضاها بالنقصان ، وإن كان بين العشرة التي هي الأردأ والعشرة التي هي الأجود تعين ، أغنى مهر المثل ، كما لو كان بين أوكس العبدتين وأجودهما ، وإن كان أقل من أردأ العشريتين أو مثلها تعين العشرة الرديئة كما لو كان أقل من أوكس العبدتين أو مثله ، هذا قياس قوله . وأما قياس قولهما فصحت التسمية وتعين أردؤها مطلقاً كما عينا أوكس العبدتين كذلك . وشرح عبارة التسعة أنه إذا ظهرت العشرة تسعة ولم يصفها بالهروية فكانه تزوجها على هذه التسعة وثوب آخر وهو مطلق فيلغو وتجب التسعة فقط ، بخلاف ما إذا وصفها بالهروية لأن المعنى أنه تزوجها على هذه التسعة وثوب هروى فلا تبطل تسميته ، غير أن مقتضى الأصل أن يتخير فيه بين عينه وقيمته ، والله أعلم (قوله وإذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد) وهو كزوج الأخت في عدة الأخت أو الخامسة في عدة الرابعة أو الأمة على الحرة ، فإن كان قبل الدخول فلا مهر لها خلاها أو لم يخل لأن المهر لا يجب في النكاح الفاسد إلا بالدخول ، وإنما لم تقم الخلوة فيه مقام الدخول لأن التمكن منها فيه منتف شرعاً ، بخلاف الصحيح فإنه يجب فيه بالعقد وبكامل بالخلوة لو طلقها فيه قبل الدخول لأن الخلوة فيه أقيمت مقام الدخول لثبوت التمكن من الوطء شرعاً وحسباً . فإن دخل بها بجماع في القبل فلها مهر مثلها لايزاد على المسمى عندنا خلافاً لفر رحمه الله اعتبره بالبيع الفاسد حيث تجب فيه القيمة إذا امتنع الرد ، ونحن نقول المستوفى ليس بمال وإنما يتقوم بالتسمية ، فإن زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية ، وإن نقصت لم تجب الزيادة على المسمى لعدم التسمية . وأورد عليه لزوم التناقض لأنك أسقطت اعتبار التسمية إذا زادت على مهر المثل ، ثم اعتبرتها إذا نقصت منه ، فإن كانت فاسدة يجب شمول العدم ، وإن كانت صحيحة فشمول الوجود . وأجاب المورد بأنها صحيحة من وجه فاسدة من وجه ؛ صحيحة من حيث أن المسمى مال ، فاسدة من حيث أنها وجدت في عقد فاسد فاعتبرنا

عنه ، أما ههنا فيمكن الوقوف على ما أشار إليه قبل النكاح بالتفحص ، فلو لزمتها ضرر لزمتها بضر من تقصيرها . قال (وإذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد) النكاح الفاسد مثل النكاح بلا شهود ونكاح

فلا مهر لها) لأن المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده . وإنما يجب باستيفاء منافع البضع (وكذا بعد الخلوة) لأن الخلوة فيه لا يثبت بها التمكن فلا تقام مقام الوطء (فإن دخل بها فلها مهر مثلها لايزاد على المسمى) عندنا خلافا لزفر . هو يعتبره بالبيع الفاسد . ولنا أن المستوفى ليس بمال وإنما يتقوم بالتسمية فإذا زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية ، وإن نقصت لم تجب الزيادة على المسمى

فسادها إذا زادت وصحتها إذا نقصت لانضمام رضاها . والحق أن هذه التسمية ليست إلا فاسدة ، وقد صرح المصنف بطلانها ، إذ ليس معنى فساد التسمية إلا كون المسمى ليس بمال أو وقوعه في عقد فاسد كل منهما يستقل بفسادها وبفسادها واجب المصير إلى مهر المثل لأنه القيمة للبضع شرعا . وتقرير الكتاب لا تجب الزيادة لعدم التسمية : أي لأنها لم تسمها فكانت راضية بالخط مسقطه حقها في الزيادة إلى تمامه حيث لم تسم تمامه . وإذا علمت فساد التسمية علمت أن المصير في العقد الفاسد إلى مهر المثل بالدخول اتفاقا بيننا وبين زفر رحمه الله ، غير أنه يوجبها بالغاً ما بلغ ونحن لانجاوز به المسمى لما ذكرنا . فوجه الاستدلال أن يقال : سلمنا أن الواجب فيه مهر المثل لكنها رضيت بإسقاط بعض حقها ، وترك باقي المقدمات لأنه لا حاجة إليها بل لاتصح ، لأن قوله إنما يتقوم بالتسمية ، إن أراد في النكاح الصحيح فالخصم ممنوع بل تارة بها وتارة بمهر المثل ، وإن أراد في الفاسد فقد ظهر أنها لاتصح فيه حتى صار خاليا عن التسمية ووجب مهر المثل ، غير أنه اعتبر خطها . فإن قيل : لم اعتبر رضاها بالخط ولم يعتبر رضاها بالزيادة فلم يوجبوا المسمى إذا زاد على مهر المثل ؟ فالجواب أنا لو أوجبناه

الأخت في عدة الأخت في الطلاق البائن ونكاح الخامسة في عدة الرابعة ونحوها وكلامه واضح . وقوله (هو . يعتبره البيع الفاسد) يعني أن القيمة في البيع الفاسد تجب بالغة ما بلغت وإن زادت على الثمن ، فكذلك مهر المثل وإن زاد على المسمى لكون كل واحد منهما موجبا أصليا ، فإذا اعترض الفساد يرجع إلى الموجب الأصلي (ولنا أن المستوفى) أي من منافع البضع بهذا العقد هو (ليس بمال) وكل ما ليس بمال ليس بمتقوم ، فالمستوفى به ليس بمتقوم (وإنما يتقوم بالتسمية) والتسمية غير صحيحة فبطلت ، ولا بد من تقوم المستوفى من منافع البضع شرعا فصرنا إلى ما هو قيمتها في مثل هذا العقد بدون التسمية وهو عقد المفوضة إذا كان صحيحا وذلك مهر المثل فيبطل ،

(قوله لكون كل واحد منهما موجبا أصليا الخ) أقول : هذا الكلام لا يفيد الإلزام على أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ، لأن الموجب الأصلي عندهما المسمى كما سبق (قوله ولنا أن المستوفى أي من منافع البضع بهذا العقد الخ) أقول : أي العقد الفاسد الذي سمي فيه المهر ، وإلا فالنكاح الفاسد إذا لم يسم فيه مهر يجب مهر المثل لها بالغاً ما بلغ على ما صرحوا به (قوله هو ليس بمال وكل ما ليس بمال ليس بمتقوم الخ) أقول : يشير إلى أنه مهدولة حتى يوجد إيجاب الصغرى (قال المصنف : لعدم صحة التسمية) أقول : أي من كل وجه ، وهذا التعليل على هذا التقرير يختص بمذهب أبي حنيفة ، وإلا فعندهما الموجب الأصلي هو المسمى ، إلا أن لاتصح التسمية أصلا فيعدل إلى مهر المثل وقد مر فيما سبق (قال المصنف : لانعدام التسمية) أقول : أي تسمية الزيادة على المسمى ، قال ابن الهمام : لعدم التسمية : أي لأنها لم تسمها فكانت راضية بالخط مسقطه حقها في الزيادة إلى تمامه حيث لم تسم تمامه إلى آخر ما ذكره . فراجع فإنه مفيد جدا (قوله ولا بد من تقوم المستوفى الخ) أقول : لا يخفى عليك مناقضة آخر كلامه لأوله فإن المستفاد من أوله أنه غير متقوم لاق نفسه ولا بالتسمية لبطلانها ، ومن آخره أنه متقوم بنفسه بدون التسمية مع أنه حصر تقومها أولا في كونه بالتسمية فليتأمل ، فإنه يجوز أن يقال : إنه قصر إضافي بالنسبة إلى تقومه في نفسه بحسب عرف التجار ألا يرى أنه لا يتقوم في الزنا ولا كذلك المبيع ، ويجوز أن يقال : مراده في الأول أنه غير متقوم في عرف التجار كالمبيع فلا يناقض لآخره ، أو المراد أنه غير متقوم بتعيين الشارع كما هو الظاهر من تقريره ، وفيه بحث (قوله فصرنا إلى ما هو قيمتها في مثل هذا العقد بدون التسمية وهو عقد المفوضة) أقول : قوله هو راجع إلى مثل في قوله في مثل هذا العقد

لانعدام التسمية . بخلاف البيع لأنه مال متقوم في نفسه فيقدر بدله بقيمته

فإما لأنه مسمى وقد بطل وإما لرضاها ، ومجرد الرضا بالتملك لا يثبت لزوم القضاء به لأن به لا يدخل في ملك الآخر بالقبض ، بخلاف الرضا بالخط لأنه إسقاط فيتم بالواحد ، وعلى هذا لا تتم المعارضة لزفر رحمه الله بما في الترمذى وغيره من قوله صلى الله عليه وسلم « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل » الحديث ، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها ، فكان وجوب مهر المثل أصلا في كل نكاح فاسد . هذا بعد ما فيه مما قدمنا في باب الأولياء والأقفاء .

[فروع] لا يصير محصنا بهذا الدخول إلا عند أبي ثور . وأجمعت الأمة على أنه لا يكون محصنا في العقد الصحيح إلا بالدخول : ثم لو تكرر الجماع لم يلزمه سوى مهر واحد وهو ما ذكرنا ، بخلاف ما إذا تكرر وطء الابن لجارية الأب وادعى الشبهة فإنه يلزمه بكل وطء ومهر والأصل أن الوطء في غير الملك إن كان بشبهة اشتباه تعدد المهر بتكرره ، وإن كان بشبهة ملك لا يتعدد بتعدد ، وفي جارية الأب وجارية الزوجة إذا وطئها بخروج الثابت في حقها شبهة الاشتباه فيتكرر بتكرره . وفي جارية الابن إذا وطئها الأب والمكاتب إذا وطئها السيد والزوجة في النكاح الفاسد أو في النكاح الصحيح إذا ظهر بعد تعدد الوطء أنه كان حلف بطلاقها الثابت في حقهم شبهة الملك ، وتقرر الوطء في الملك لا يتعدد به المهر فكذا في شبهته . وأما إذا وطئ أحد الشريكين الجارية المشتركة مرارا قال الشيخ حسام الدين : لم يذكره في الكتاب ، وكان الشيخ يبرهان الدين والذي يقول : يتعدد المهر لأنه في النصف الآخر ليس له شبهة ملك فصار بمنزلة جارية الأب في حق الابن . ولو وطئها بعد التفريق في النكاح الفاسد يحد لانقضاء الشبهة . ولو زنى بامرأة فزوجهها وهو مخالطها ثم أتم الجماع لزمه مهران : مهر المثل بالزنا لما سقط عنه الحد حين تزوجه قبل تمامه والمهر المسمى بالنكاح وإن طلقها في الحال لأن هذا أكثر من الخلوة . وفي الخلاصة في الجنس الخامس من فصل المهر : لو وطئ المعتدة عن طلاق ثلاث وادعى الشبهة هل يلزمه مهر واحد أم بكل وطء مهر ؟ قيل : إن كانت الطلاقات الثلاث جملة واحدة فظن أنها لم تقع فهو ظن في موضعه فيلزمه مهر واحد ، وإن ظن أنها تقع لكن ظن أن وطأها حلال فهذا ظن في غير موضعه فيلزمه بكل وطء مهر . وفي نوادر هشام عن محمد رحمه الله : اشترى جارية فوطئها مرارا ثم استحققت فعليه مهر واحد ، وإن استحق نصفها فعليه نصف

ما زاد عليه ، وهذا يقتضي أن لا ينقص من مهر المثل إذا زاد على المسمى لكن الزيادة على المسمى لا تجب (لانعدام التسمية) أي تسمية الزيادة على المسمى . فإن قلت : هل هذا إلا تناقض لأنك أسقطت اعتبار التسمية إذا زادت على مهر المثل ثم اعتبرتها إذا نقصت منه وهي إن كانت فاسدة يجب شمول العدم وإن كانت صحيحة يجب شمول الوجود ؟ قلت : هي صحيحة من وجه دون وجه ، صحيحة من حيث أن المسمى مال متقوم لأن فرض المسئلة فيه ، فاسدة من حيث أنها وجدت في عقد فاسد فاعتبرنا فسادها إذا زادت وصحتها إذا انتقصت لانضمام رضاها إليها ، وهذا الحل من خواص هذا الشرح . وإنما قيدت المستوفى بقولي بهذا العقد لأن الكلام فيه ولثلا ينتقض بالمفوضة فإن المستوفى هناك أيضا ليس بمال ولم يتقوم بالتسمية بل بالعقد . وقوله (بخلاف البيع) جواب عن قول

(قوله قلت هي صحيحة من وجه دون وجه الخ) أقول : فلي هذا يكون التحليل مختصا بأبي حنيفة ، وإلا فمعهما إذا صحت التسمية من وجه لا يصار إلى مهر المثل كما سبق غير بعيد ، إلا أن يقال ذلك في النكاح الصحيح فليتأمل (قوله وإنما قيدت المستوفى الخ) أقول : لا يفيد ذلك التقييد في دفع الانتقاض ، إذ المنتقض هو الكبرى وهي على حالها .

وعليها العدة) إلحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط وتحريزا عن اشتباه النسب . ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لامن آخر الوطأت ، هو الصحيح لأنها تجب باعتبار شبهة النكاح ورفعها بالتفريق

المهر . وفي آخر حدود خواهر زاده : الصبي إذا زنى بصبيته فعليه المهر ، وإن أقرب ذلك لا مهر عليه ، وإذا زنى الصبي ببالغة مكرهة فعليه المهر ، وإن دعت إلى نفسها لا مهر عليه ، ولو دعت صبية صبيها عليه المهر ، وكذا لو دعت أمة صبيها ، والمراد من المهر العقر (قوله وعليها العدة) يعني إذا فارقها وقد دخل بها لا بمجرد الخلوة لأنها لا تنقضي مقام الوطء في النكاح الفاسد ، وينبغي أن لا يجب عليها الإحداد . في الأصل فيما إذا دخل الرجل على غير امرأته فدخل بها قال عليه مهر لها لأنه دخل بها بشبهة النكاح لأن خبر الواحد حجة في المعاملات فيصير شبهة تسقط الحد ويجب المهر . قال في الكتاب : وعليها العدة ويثبت نسب ولدها منه ، ولا تبقى في عدتها ما تبقى المعتدة بنحوه قضى^١ رضى الله عنه ، ولأن الإحداد لإظهار التأسف على فوات نعمة النكاح وليس ذلك في الوطء بشبهة ولا نفقة في هذه العدة لأن وجوبها باعتبار الملك الثابت بالنكاح وهو متبقي هنا ولأنها النفقة التي كانت واجبة بأصل النكاح تبقى في العدة ولم يكن لها عليه نفقة مستحقة ههنا لتبقى ، ولا يرجع بالمهر على الذي أدخلها عليه لأنه هو المستوفى للبدل . ولو كانت هذه أخت امرأته حرمت عليه امرأته إلى انقضاء عدتها (قوله ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لامن آخر الوطأت هو الصحيح) احترازا عن قول زفر لأنها إنما تجب باعتبار شبهة النكاح ، ورفع هذه الشبهة بالتفريق أو بالافتراق بالمشاركة إذ لا يتحقق الطلاق في النكاح الفاسد فلا يرتفع إلا بما قلنا ، ولا تتحقق المشاركة إلا بالقول بأن يقول تاركك أو خليت سبيلك أو خليت أو تركتها ، أما لو تركها ومضى على ذلك سنون لم يكن لها أن تزوج بآخر . قال الشيخ الإمام فخر الدين قاضيخان : هذا في المدخول بها

زفر وهو واضح . وقوله (وعليها العدة) يعني في النكاح الفاسد إذا دخل بها لما ذكر أن الخلوة فيه لا تقوم مقام المدخول فلا بد من حقيقة المدخول لوجوب العدة ، ويعتبر الجماع في القبل حتى يصير مستوفيا للمعقود عليه . وقوله (إلحاقا للشبهة بالحقيقة) أي الثابت من وجه بالثابت من كل وجه (في موضع الاحتياط) وكان قوله (وتحريزا عن اشتباه النسب) تفسيرا للاحتياط بطريق العطف (ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لامن آخر الوطأت) وقال زفر : يعتبر من آخر الوطأت حتى إذا وطئ في النكاح الفاسد ثم رأت ثلاث حيض ثم فرق القاضي تعتد عندنا وعنده تكون عدتها منقضية . وقوله (هو الصحيح) احترازا عن قول زفر . وقوله (لأنها تجب باعتبار شبهة النكاح) يعني من حيث وجود ركنه من الإيجاب والقبول (و شبهة النكاح) رفعها بالتفريق وقوله التفريق في موضعين يشير إلى أنه لا بد من مفرق وليس رفع النكاح موقوفا على تفريق القاضي بل لكل واحد من الزوجين فسخ هذا النكاح بغير محضر من صاحبه عند بعض المشايخ . وعند بعضهم إن لم يدخل بها فكذلك الجواب ، وإن دخل بها فليس لواحد منهما حق الفسخ إلا بمحضر من صاحبه كما في البيع الفاسد فإن لكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ دون محضر من صاحبه قبل القبض وليس له ذلك بعد القبض ؛ فلما أن يكون التفريق بمعنى الرفع والرافع كل واحد منهما ، وإما أن يكون وضع المسئلة فيما إذا رفعها حكمهما إلى الحاكم .

(قوله تفسيرا للاحتياط بطريق العطف) أقول : فيه شيء .

(١) هكذا يبايض بيمض النسخ ، وكتب عليه انظر من القاضي اه كتيه مصححه .

(ويثبت نسب ولدها) لأن النسب يختلط في إثباته إحياء للولد فيترتب على الثابت من وجه . وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد وعليه الفتوى لأن النكاح الفاسد ليس بداع إليه والإقامة باعتباره . قال (ومهر مثلها يعتبر بأخواتها وعماتها وبنات أعمامها) لقول ابن مسعود : « لها مهر مثل نساءها لاوكس فيه ولا شطط » . وهن أقارب الأب ، ولأن الإنسان من جنس قوم أبيه ، وقيمة الشيء إنما تعرف بالنظر في قيمة جنسه

أما في غيرها فبفتوى الأبدان بأن لا يعود إليها . ولكل منهما فسخ الفاسد بغير حضور الآخر . وقيل بعد الدخول ليس له ذلك إلا بحضور الآخر . وعلم غير المتارك ليس شرطا لصحة الماتركة على الأصح . وإنكار النكاح إن كان بحضورها فهو ماتركة وإلا فلا . روى ذلك عن أبي يوسف . واختار الصفار قول زفر . حتى لو حاضت ثلاث حيض من آخر الوطأت قبل التفريق انقضت العدة ، وعندنا ما لم تحضها بعد التفريق أو الماتركة لم تنقض . ويجب أن يكون هذا كله في القضاء ، أما فيما بينها وبين الله تعالى فإذا علمت أنها حاضت بعد آخر وطء ثلاثا ينبغي أن يخل لها الزوج فيما بينها وبين الله تعالى على قياس ما قدمناه من نقل العتاني . وفي الفتاوى : لا تجب عدة الوفاة من النكاح الفاسد (قوله وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد ، وعليه الفتوى لأن النكاح الفاسد ليس بداع إلى الوطء والإقامة) أي إقامة العقد مقام الوطء (باعتباره) وهذا جواب عن قياسهما على الصحيح . وذكر في الأصل : تزوجت الأمة بغير إذن مولاهما ودخل بها وجاءت بولد لسته أشهر منذ تزوجها فادعاه المولى والزوج فهو ابن الزوج فاعتبره من وقت النكاح ولم يحك خلافا ، قال شيخ الإسلام : تأويل هذا أن الدخول كان عقيب النكاح بلا مهلة . قال في الغاية : قد اعتبروا العدة من وقت التفريق فكان الأحوط في النسب من وقت التفريق أيضا لامن وقت النكاح لأن العدة للنسب . قال شارح الكنز : هذا وهم لأنهم إنما اعتبروها من وقت النكاح ليثبت نسبه بمجرد العقد إقامة للتمكن من الوطء بالشبهة مقام الوطء ، حتى لو جاءت بولد لسته أشهر من وقت العقد ولأقل منها من وقت الوطء ثبت نسبه كما في الصحيح ، ولا ينافي ذلك اعتبارها من وقت التفريق ألا يرى أنها لو جاءت بولد لأكثر من سنتين من وقت النكاح ولم يفارقها وهي معه ثبت نسبه ، ولو كان الاعتبار لوقت التفريق لا غير لما ثبت ، وكذا لو فارقها بعد عشر سنين لا يمكن الاعتبار لوقت التفريق لا غير ، ولو خلا بها ثم جاءت بولد ثبت نسبه منه ، ويجب المهر والعدة في رواية عن أبي يوسف . وعنه لا يثبت ولا يجب المهر ولا العدة وهو قول زفر ، وإن لم يخل بها لا يلزمه الولد اهـ . والحاصل أنه يعتبر من وقت التفريق إذا وقعت فرقة وما لم تقع فمن وقت النكاح أو الدخول على الخلاف (قوله لقول ابن مسعود : لها مهر مثل نساءها) قاله في المفوضة ، وقدمنا تحريجه ، وقوله (وهن أقارب الأب) ليس من كلامه بل تفسير نساءها من المصنف بناء

وقوله (ويثبت نسب ولدها) ظاهر مما تقدم . قوله (وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد) وقال أبو حنيفة وأبو يوسف من وقت النكاح كما في النكاح الصحيح لأن حكم الفاسد يؤخذ من الصحيح والفتوى على قول محمد (لأن النكاح الفاسد ليس بداع إليه والإقامة باعتباره) أي إقامة النكاح مقام الوطء باعتبار أن النكاح داع إلى الوطء والنكاح الفاسد ليس بداع إليه فلا يقام مقامه ، وفي تعليقه هذا إشارة إلى فساد قياس أبي حنيفة وأبي يوسف . قال (ومهر مثلها يعتبر بأخواتها وعماتها) اعلم أن مهر المثل يعتبر بعشيرتها التي من قبل أبيها كالأخوات والعمات وبنات الأعمام . وقال ابن أبي ليلى : يعتبر بأمتها وقوم أمها كالأخوات ونحوها لأن المهر قيمة بضع النساء فيعتبر بالقرابات من جهة النساء . ولنا قول ابن مسعود (لها مهر مثل نساءها وهن أقارب الأب)

(ولا يعتبر بأمرها وخالها إذا لم تكونا من قبيلتها) لما بينا . فإن كانت الأم من قوم أبيها بأن كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر بمهرها لما أنها من قوم أبيها (ويعتبر في مهر المثل أن تتساوى المرأتان في السن والجمال والمال والعقل والدين والبلد والعصر) لأن مهر المثل يختلف باختلاف هذه الأوصاف ، وكذا يختلف باختلاف الدار والعصر قالوا : ويعتبر التساوى أيضا في البكارة لأنه يختلف بالبكارة والثبوبة (وإذا ضمن الولي المهر صح ضمانه) لأنه من أهل الالتزام وقد أضافه إلى ما قبله فيصح

على أن الظاهر من إضافة النساء إليها باعتبار قرابة الأب لأن الإنسان من جنس أبيه ولذا صحت خلافة ابن الأمة إذا كان أبو قرشيا ، وعلى هذا كان الأولى إسقاط الواو في قوله ولأن الإنسان من جنس قوم أبيه ليكون وجه كون الإضافة المذكورة تعين كونهن أقارب الأب ظاهرا ، وهذا لأن جعله وجهها مستقلا يصح إلا أنه حينئذ لا يكون الدليل الأول مستلزما للمطلوب لأن مجرد إضافة النساء إليها لا يستلزم كون النساء المضافة أقارب الأب ، بل كما يصح أن يقال لعماتها وأخواتها نساؤها يصح أن يقال لخالاتها أيضا وأخواتها لأمرها وإنما يرجح جهة إرادة الأب المقدمة المذكورة (قوله ويعتبر في مهر المثل أن تتساوى في الجمال) يعني بمجرد تحقق القرابة المذكورة لا يثبت صحة الاعتبار بالمهر حتى تتساوى سنا وجمالا ومالا وبلدا وعصرا وعقلا ودينا وبكارة وأدبا وكمال خلق وعدم ولد وفي العلم أيضا ، فلو كانت من قوم أبيها لكن اختلف مكانهما أو زمانهما لا يعتبر بمهرها لأن البلدين تختلف عادة أهلهم في المهر في غلاته ورخصه ، فلو تزوجت في غير البلد الذي زوج فيه أقاربها لا يعتبر بمهورهن ، وقيل لا يعتبر الجمال في بيت الحسب والشرف بل في أوساط الناس وهذا جيد . وقالوا : يعتبر حال الزوج أيضا أي بأن يكون زوج هذه كأزواج أمثالها من نساءها في المال والحسب وعدمهما ، فإن لم تكن واحدة من قوم الأب بهذه الصفات فأجنبية موصوفة بذلك . وفي الخلاصة : ينظر في قبيلة أخرى مثلها ، أي مثل قبيلة أبيها . وعن أبي حنيفة : لا يعتبر بالأجنبيات ويجب حملها على ما إذا كان لها أقارب وإلا امتنع القضاء بمهر المثل . وفي المتن : يشترط أن يكون الخبر بمهر المثل رجلين أو رجلا وامرأتين ويشترط لفظة الشهادة ، فإن لم يوجد على ذلك شهود عدول فالقول قول الزوج مع يمينه . وفي شرح الطحاوي : مهر مثل الأمة على قدر الرغبة (قوله وإذا ضمن الولي المهر صح ضمانه) بقيد كون الضمان في الصحة أما في مرض الموت فلا لأنه تبرع لو ارثته في مرض موته

لأنه أضاف إليها وإنما يضاف إلى أقارب الأب لأن النسب إليه ، ولأن قيمة الشيء إنما تعرف بالرجوع إلى قيمة جنسه والإنسان من جنس قوم أبيه لا من جنس قوم أمه ؛ ألا ترى أن الأم قد تكون أمة والابنة تكون قرشية تبعا لأبيها (ولا يعتبر بأمرها وخالها إذا لم تكونا من قبيلتها) بأن يكون أبوها تزوج بنت عمه فإن أمرها وخالها تكون من قبيلتها . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله وقيمة الشيء إنما تعرف بالنظر في قيمة جنسه . وقوله (ويعتبر في مهر المثل) ظاهر . وقوله (باختلاف الدار) أي البلد . وحاصله أن مهر المثل قيمة البضع وقيمة الشيء إنما تعرف بالرجوع إلى نظيره بصفته ، والمراد بالسن السن وقت التزوج (وإذا ضمن الولي المهر صح ضمانه) يعني إذا زوج الولي ابنته وضمن لها المهر عن الزوج صح (لأنه من أهل الالتزام ، وقد أضاف الضمان إلى ما يقبل الضمان) وهو المهر لأن المهر دين والكفالة و . فإن يصحان فيه . فإن قلت : يجوز أن يكون مراده أن الولي زوج ابنة الصغير وضمن عنه المهر للمرأة . قلت : ينبو عنه قوله ثم المرأة بالخيار وإن كانا في الصحة سواء ؛

(ثم المرأة بالخيار في مطالبها زوجها أو وليها) اعتبارا بسائر الكفالات، ويرجع الولي إذا أدى على الزوج إن كان بأمره كما هو الرسم في الكفالة، وكذلك يصبح هذا الضمان وإن كانت المروجة صغيرة، بخلاف ما إذا باع الأب مال الصغيرة وضمن الثمن لأن الولي سفير ومعبّر في النكاح، وفي البيع عاقد ومباشر حتى ترجع العهدة عليه والحقوق إليه، ويصح إبراءه عند أبي حنيفة ومحمد،

ويشمل ولي الصغير إذا زوجه وضمن عنه وولي الصغيرة إذا زوجها وضمن لها. وقوله (ثم المرأة بالخيار في مطالبها زوجها أو وليها) هو على التقدير الثاني. وقوله (ويرجع الولي إذا أدى على الزوج إن كان بإذنه) يفيد أن الزوج أجنبي أو في حكمه كولد الكبير، وهذا لأنه لا يرجع إذا أدى عن ابنه الصغير في إذا زوجه وضمن عنه للعرف بتحمل مهور الصغار، اللهم إلا أن يشهد أنه دفع ليرجع في أصل الضمان (قوله ثم المرأة بالخيار في مطالبها) يعني إذا بلغت (زوجها) يعني إذا كان بالغاً، وإن لم يكن بالغاً فإنما لها مطالبة أبيه ضمن أو لم يضمن كما في شرح الطحاوي والتتمة، وذكرنا أنه إذا أدى لا يرجع مالم يشهد على اشتراط الرجوع في أصل الضمان، ولا يخفى أن هذا مقيد بما إذا لم يكن للصغير مال. وهذا والمذكور في المنظومة في باب جواب مالك من أنه يضمن الأب مهر ابنه الصغير بلا ضمان ونحن نخالفه بخلاف إطلاق شرح الطحاوي، وذكر في المصنف جوابه فقال: قلنا النكاح لا ينفك عن لزوم المال إنما ينفك عن إيفاء المهر في الحال، فلم يكن من ضرورة الإقدام على تروجه ضمان المهر عنه، فهذا هو المعول عليه، وإن ضمن الوصي يرجع مطلقاً، فلم يؤد الأب في صورة الضمان حتى مات فهي بالخيار بين أخذها من تركته وبين مطالبة زوجها، فإن اختارت التركة فأخذت أجزأ لباقي الورثة الرجوع في نصيب الصغير. وقال زفر: ليس لهم الرجوع لأن هذه الكفالة لم تنعقد موجبة للضمان على الصغير لوقوعها بلا أمر من المكفول عنه، إذ لا يعتبر إذنه ولو أذن. وعن أبي يوسف كقوله فيما ذكره الولوالجي. قلنا: بل صدرت بأمر معتبر من المكفول عنه لثبوت ولاية الأب عليه، فإذا الأب إذن منه معتبر، وإقدامه على الكفالة دلالة على ذلك من جهته، بخلاف ما إذا أدى عنه في حياته لأن تبرع الآباء بالمهور معتاد، وقد انقضت الحياة قبل ثبوت هذا التبرع فيرجعون، وكذا يرجعون إذا أدى في مرض موته، والمجنون كالصبي في جميع ذلك، لأنه مولى عليه سواء كان الجنون أصلياً أو طارئاً، وإنما صح ضمان وليها إذا كان أباً أو جداً مع أنه المستحق لقبض إصداقها والمطالبة به لأن الولي في النكاح وإن باشر سفير الكوكل به، بخلاف مالهو باع مال الصغير لا يصبح ضمانه الثمن لأنه مباشر فترجع الحقوق إليه حتى يطالب بالثمن ويخاصم في الرد بالعيب ويتسلم المبيع ويصح تأجيله وإبراءه من الثمن عند أبي حنيفة ومحمد ويضمن مثله في ماله، فلو صح ضمانه كان ضماناً لنفسه مقتضياً مقتضى. فإن قيل: لا نسلم عدم رجوعها إليه في النكاح ألا يرى أن له المطالبة بمهرها. أجب

وذكر في باب الولية من شرح الطحاوي أن الأب إذا زوج الصغير امرأة فللمرأة أن تطالب بالمهر من أب الزوج فيؤدي الأب من مال ابنه الصغير وإن لم يضمن الأب باللفظ صريحاً، بخلاف الوكيل إذا زوج فإنه ليس للمرأة أن تطالب الوكيل بالمهر مالم يضمن. وقوله (ثم المرأة بالخيار) ظاهر. وقوله (ويصح إبراءه) أي إبراء الأب المشتري وكذلك الوصي

(قوله ذكر في باب الولية من شرح الطحاوي أن الأب إذا زوج الصغير امرأة (الخ) أقول: قال صاحب المنظومة في باب فتاوى مالك رحمه الله: ومنكح الابن الصغير يفرم صداقه حين الصبي معدم وفي شرحه: زوج ابنا له صغيراً امرأة بمهر معلوم والابن فقير فالمرء على الأب عتده، وعتدنا لا إلا أن يضمن الأب اه. وفي شرح الكاكي: الصغير إذا زوجه أبوه فللمرأة أن تطالب الأب بالمهر وإن لم يضمن

وإملاك قبضه بعد بلوغه ، فلو صح الضمان يصير ضامنا لنفسه وولاية قبض المهر للأب بحكم الأبوة لا باعتبار أنه عاقد ؛ ألا ترى أنه لا يملك القبض بعد بلوغها فلا يصير ضامنا لنفسه . قال (والمرأة أن تمنع نفسها حتى تأخذ المهر وتمنع أن يخرجها) أى يسافر بها ليتعين حقها في البذل كما تعين حق الزوج في المبدل فصار كالبيع ، وليس الزوج أن يمنعها من السفر والخروج من منزله وزيارة أهلها حتى يوفيه المهر كله : أى المعجل منه

المصنف بقوله (وولاية قبض المهر للأب بحكم الأبوة لا باعتبار أنه عاقد) لأنه معتاد ولذا لا يملك قبضه بعد بلوغها إذا نهته صريحا ، أما إذا لم تنه فله المطالبة بخلاف البيع فإن له القبض بعد بلوغه دون الصبي . ثم لا يشترط إحضار الزوجة لقبض الأب مهرها عندنا ، خلافا لفر وأبي يوسف في قوله الأخير . وفي المرغيناني لا يشترط ولم يذكر خلافا . وقدمنا في قبض مهر البكر البالغة فروعا استوفيناها في باب الأولياء والأكفاء فارجع إليها ، ومما لم نذكره هناك لو قبض الأب المهر ثم ادعى الرد على الزوج ، إن كانت بكرا لم يصدق إلا بينة لأن له حق القبض وليس له حق الرد ، وإن كانت ثيبا صدق لأن حق القبض ليس له ، فإذا قبض بأمر الزوج كانت أمانة عنده من الزوج فتقبل دعواه الرد كالمودع إذا قال رددت الوديعة (قوله والمرأة أن تمنع نفسها من الدخول بها ومن أن يسافر بها حتى يوفيه معجل مهرها ليتعين حقها في البذل كما تعين حقه في المبدل) يعنى ولا يتعين حقها إلا بالتسليم . وهذا التعليل لا يصح إلا في الصداق الدين ، أما العين كما لو تزوجها على عبد بعينه فلا لأنها بالعقد ملكته وتعين حقها فيه حتى ملكت عتقه . وقوله (أى المعجل منه) يتناول المعجل عرفا وشرطا ، فإن كان قد شرط تعجيل كله فلها الامتناع حتى تستوفيه كله أو بعضه فبعضه ، وإن لم يشترط تعجيل شيء بل سکوا عن تعجيله وتأجيله ، فإن كان عرف في تعجيل بعضه وتأخير باقيه إلى الموت أو الميسرة أو الطلاق فليس لها أن تحتبس إلا إلى تسليم ذلك القدر . قال في فتاوى قاضيخان : فإن لم يبينوا قدر المعجل ينظر إلى المرأة وإلى المهر أنه كم يكون المعجل لمثل هذه المرأة من مثل هذا المهر فيعجل ذلك ولا يتقدر بالربع والخمس بل يعتبر المتعارف فإن الثابت عرفا كالثابت شرطا ، بخلاف ما إذا شرط تعجيل الكل إذ لا عبرة بالعرف إذا جاء الصريح بخلافه ، ومثل هذا في غير نسخة من كتب الفقه ، فما وقع في غاية البيان من إطلاق قوله فإن كان يعنى المهر بشرط التعجيل أو مسكوئا عنه يجب حالا ، ولها أن تمنع نفسها حتى يعطيها المهر ليس بواقع ، بل المعتبر في المسكوت العرف . هذا ولالأب أن يسافر بالبكر قبل إيفائه . في الفتاوى : رجل زوج بنته البكر البالغة ثم أراد أن يتحول إلى بلد آخر بعياله فله

(وإملاك قبضه) أى يملك الأب قبض الثمن بعد بلوغ الصغير . وقوله (وولاية قبض المهر للأب بحكم الأبوة) جواب عما يقال إن الأب يملك قبض الصداق أيضا كالوكيل يملك قبض الثمن ، فلو صح الضمان صار ضامنا لنفسه ، وذلك لا يجوز هناك فكذلك في الأب . وقوله (والمرأة أن تمنع نفسها) أى إذا تزوج امرأة على مهر فإذا أن يكون المهر كله معجلا أو مؤجلا ، أو بعضه معجلا وبعضه مؤجلا ؛ فإن كان الكل معجلا فلها أن تدخل بها أو لم تدخل ، فإن لم يدخل بها فالمرأة أن تمنع نفسها (حتى تأخذ المهر ولها أن تمنعه عن إخراجها) إلى السفر (ليتعين حقها في البذل) وهو المهر (كما تعين حقه في المبدل) وهو البضع (فصار كالبيع) في أن البائع له أن يجبس المبيع حتى يأخذ الثمن تسوية بين البديلين في التعيين (وليس للزوج أن يمنعها من السفر والخروج من

بالقسط ، ذكره في شرح الطحاوى والتمتة اه . وظن بعضهم المخالفة بين ما في المنظومة وما نقله الكاكي من إطلاق شرح الطحاوى ، والظاهر

لأن حق الحبس لاستيفاء المستحق ، وليس له حق الاستيفاء قبل الإيفاء ، ولو كان المهر كله مؤجلا ليس لها أن تمنع نفسها لإسقاطها حقها بالتأجيل كما في البيع .

أن يحملها معه وإن كره الزوج ، فإن أعطاه المهر كان له أن يحبسها (قوله وليس له حق الاستيفاء) كل من الزوج والمرأة له حق الاستيفاء وعليه إيفاء ، فكما أن له استيفاء منافع البضع وعليه إيفاء المهر كذلك لها استيفاء المهر وعليها إيفاء منافع بضعها ، وحينئذ فقد قلب هذا الدليل فيقال : ليس لها حق استيفاء المهر قبل إيفاء منافع البضع . والجواب أن هذا وقع في تعليل حبسه إياها لأن ثبوته له للاستيفاء فعلى هذا كل منهما لو طول بإيفاء ما عليه كان له الامتناع إلى استيفاء ماله ويستلزم تمناع الحقوق وفوات المقصود ، مثلا لو طالبا بإيفاء الدخول فقالت حتى أستوفى المهر فكان له أن يقول لا أوفيه حتى أستوفى منافع البضع وهي تقول مثله لزم ما ذكرنا . والصواب أن هذا التعليل بعد الإلحاق بالبيع وأن البضع كالمبيع والمهر كالثمن لكنك علمت أن في بيع المقايضة لكل منهما الامتناع فيقال لهما سلما معا ، ومثله لا يتأتى في النكاح إذا كان المهر عبدا معينا مثلا ولا في معية الخلوة لإطلاق الجواب بأن لها الامتناع إلى أن تقبض . هذا ولو كانت الزوجة صغيرة فللولى منعها عن الزوج إلى أن يعطى المهر ، ولو زوجها غير الأب والجد كالعالم وهي صغيرة ليس له أن يسلمها إلى الزوج قبل قبض الصداق ويقبضه من له ولاية القبض ، فإن سلمها فالتسليم فاسد وترد إلى بيتها لأنه ليس للم ولادة بإبطال حقها ، كذا في التجنيس في رمز واقعات الناطق . ولو ذهبت الصغيرة إلى بيته بنفسها كان لمن كان أحق بإمسكها قبل الزوج أن يمنعها حتى يعطيه ويقبضه من له ولاية القبض لأن هذا الحق ثابت للصغيرة وليست هي من أهل الرضا .

[فرع] إذا كان يسكن في بيت الغصب لها أن تمنع من الذهاب إليه فيه ولا تسقط به نفقتها (قوله ولو كان المهر كله مؤجلا) مدة معلومة أو قليلة الجهالة كالحصاد ونحوه ، بخلاف ذلك في البيع ، وبخلاف المتفاحشة كإلى ميسرة وهبوب الريح حيث يكون المهر حالا (ليس لها أن تمنع نفسها) قبل الحل ولا بعده لأن هذا العقد ما أوجب لها حق الحبس فلا يثبت بعده ، وكذا لو أجلته بعد العقد مدة معلومة (لإسقاطها حقها بالتأجيل)

منزله وزيارة أهلها حتى يوفى المهر كله لأن حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس له حق الاستيفاء قبل الإيفاء وإن دخل بها فتذكره وإن كان الكل مؤجلا ، فلما أن دخل بها أو لم يدخل ، فإن لم يدخل بها فليس لها أن تمنع نفسها لأنها أسقطت حقها بالتأجيل ، وفيه خلاف أبي يوسف قال : موجب النكاح عند الإطلاق تسليم المهر أولا عينا كان أو دينا ، فحين قبل الزوج الأجل مع علمه بموجب العقد فقد رضى بتأخير حقه إلى أن يوفى المهر بعد حلول الأجل ، وبه فارق البيع لأن تسليم الثمن أولا ليس من موجبات البيع لانهالة ؛ ألا ترى أن البيع لو كان مقايضة لم يجب تسليم أحد البدلين أولا فلم يكن المشتري راضيا بتأخير حقه في المبيع إلى أن يوفى الثمن . وقوله (لإسقاطها حقها بالتأجيل) فإطلاقه يشير إلى أنه ليس لها المنع لا قبل حلول الأجل ولا بعده ، وهو ظاهر الرواية ، أما قبل الحل فظاهر ، وأما بعده فلا لأن هذا العقد ما أوجب حق الحبس فلا يثبت بعده ، وفي هذا

أن ما قبله وأطلقه الكاكي هو ما فصله الشارح أكل الدين في النقل فلا يتوجه حديث الخالفة حينئذ (قوله قال موجب النكاح عند الإطلاق الخ) أقول : يعني عن التعجيل والتأجيل (قوله تسليم المهر أولا عينا كان أو دينا) أقول : ممنوع ، فإن صاحب الفتاة نقل من المحيط ، أنه إن كان المهر عينا يتقاضى كما في بيع المقايضة . ثم أقول : إن كان المراد بالدين في قوله أو دينا هو الدرهم والدنانير كما هو الظاهر ، فلا يقاس حال

وفيه خلاف أبي يوسف ، وإن دخل بها فكذا الجواب عند أبي حنيفة وقالوا : ليس لها أن تمنع نفسها .
والخلاف فيما إذا كان الدخول برضاها حتى لو كانت مكرهة أو كانت صبية أو مجنونة لا يسقط حقها في الحبس
بالاتفاق ، وعلى هذا الخلاف الخلوة بها برضاها . ويتبنى على هذا استحقاق النفقة . لهما أن المعقود عليه كله قد
صار مسلما إليه بالوطأة الواحدة وبالخلوة ، ولهذا يتأكد بها جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس ، كالبائع إذا
سلم المبيع . وله أنها منعت منه ما قابل البدل لأن كل وطأة تصرف في البضع المحترم فلا يخلو عن العوض إبانة
لخطره والتأكد بالواحدة لجهالة ما وراءها فلا يصلح مزاحما للمعلوم . ثم إذا وجد آخر وصار معلوما تحققت
المزاحمة وصار المهر مقابلا بالكل ، كالعبد إذا جنى جنابة يدفع كله بها ، ثم إذا جنى جنابة أخرى وأخرى
يدفع بجمعها ، وإذا أوفاه مهرها

كما في البيع إذا أجل الثمن ليس له منع المبيع إلى غاية القبض (وفيه خلاف أبي يوسف) فيما رواه المصنف عنه لأن موجب
النكاح تسليم المهر أو لا ، فلما رضى بتأجيله كان راضيا بتأخير حقه لعلمه بموجب العقد ، بخلاف البيع فإن
تسليم الثمن أولا ليس من موجباته كما في المقايضة . واختار الولوالجي الفتوى به ، وهذا إذا لم يشترط الدخول
في العقد قبل الحلول ، فإن شرطه فليس لها الامتناع بالاتفاق (قوله وإن دخل بها) قبل الإيفاء راضية وهي ممن
يعتبر رضاها (فكذاك عند أبي حنيفة رحمه الله) أي لها حبس نفسها حتى تستوفي المهر خلافا لهما . وأجمعوا أنه
لو دخل بها كارهة أو صغيرة أو مجنونة فبلغت وصحت وزال الإكراه يكون لها حبس نفسها بعده (وعلى هذا
الخلاف الخلوة بها برضاها) لا تسقط حقها في حبس نفسها عنده خلافا لهما (قوله وإذا أوفاه مهرها) أو كان

الوجه إذا لم يكن لها حق المنع قبل الدخول عند أبي حنيفة ومحمد فلأن لا يكون لها ذلك بعده أولى . قوله (وإن
دخل بها) يعني في الوجه الأول (فكذاك الجواب عند أبي حنيفة) يعني للمرأة أن تمنع نفسها حتى تأخذ المهر .
وقالوا : ليس لها ذلك إذا كان الدخول برضاها ، أما إذا كانت مكرهة أو صبية أو مجنونة فلا يسقط حقها في الحبس
بالاتفاق (وعلى هذا الخلاف الخلوة بها) إن كانت (برضاها) فعلى الاختلاف وإن كانت بغير رضاها لم يسقط
حقها بالاتفاق (ويتبنى على هذا استحقاق النفقة) تستحقها مدة المنع عنده لأنه منع بحق ولا تستحقها عندهما
لأنها ناشئة (لهما أن المعقود عليه كله قد صار مسلما إليه بالوطأة الواحدة وبالخلوة ولهذا يتأكد بها جميع المهر)
وتسليمه ينقضي حق الحبس كالبائع إذا سلم المبيع . وقوله (وله أنها منعت منه) جاز أن يكون مناقضة ، وتقريره :
إنا لا نسلم أن المعقود عليه كله قد صار مسلما إليه بالوطأة الواحدة فإنها منعت منه (مقابل البدل لأن كل وطأة
تصرف في البضع المحترم) وإذا كان كذلك لا يتحقق تسليم كله ، وجاز أن يكون معارضة وتقريره أنها منعت
منه ما قابل البدل لأن كل وطأة تصرف في البضع المحترم ، والتصرف فيه لا يخلو عن البدل إبانة لخطره والمنع عما
يقابل البدل صحيح . وقوله (والتأكد بالواحدة) أي بالوطأة الواحدة جواب عن قولهما ولهذا يتأكد بها جميع
المهر وهو واضح ، وإن كان بعضه معجلا وبعضه مؤجلا كان لها أن تخرج قبل أداء المعجل ، فإذا أدى لم يكن
لها ذلك إلا بإذنه . فإن قلت : فإن سموا المهر ساكتين عن التعجيل والتأجيل ماذا يكون حكمه ؟ قلت : يجب حالا ،
وقد أشير إلى ذلك في دليل أبي يوسف آتيا فيكون حكمه حكم ما شرط تعجيله (وإذا أوفاه مهرها)

شرط التأجيل على حال الإطلاق (قوله فإن قلت : فإن سموا المهر ساكتين عن التعجيل والتأجيل ماذا يكون حكمه ؟ قلت : يجب حالا الخ)

نقلها إلى حيث شاء لقوله تعالى - أسكنوهن من حيث سكنتم - وقيل لا يخرجها إلى بلد غير بلدها لأن الغريب يؤذى وفي قرى المصر القريه لا تتحقق الغربية. قال (ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر فالقول قول المرأة إلى مهر مثلها ، والقول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل ، وإن طلقها قبل الدخول بها فالقول قوله في نصف المهر ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : القول قوله قبل الطلاق وبعده إلا أن يأتي بشيء قليل ، ومعناه مالا يتعارف مهرها لها

مؤجلا (نقلها إلى حيث شاء) من بلاد الله ، وكذا إذا وطئها برضاها عندهما (وقيل لا يخرجها إلى بلد غير بلدها لأن الغريب يؤذى) واختاره الفقيه أبو الليث ، قال ظهير الدين المرغيناني : الأخذ بكتاب الله أولى من الأخذ بقول الفقيه : يعنى قوله تعالى - أسكنوهن من حيث سكنتم - وأقضى كثير من المشايخ بقول الفقيه لأن النص مقيد بعدم المضارة بقوله تعالى - ولا تضاروهن - بعد - أسكنوهن - والنقل إلى غير بلدها مضارة فيكون قوله تعالى - أسكنوهن من حيث سكنتم - مما لا مضارة فيه وهو ما يكون من جوانب مصرها وأطرافه ، والقرى القريه التي لا تبلغ مدة سفر فيجوز نقلها من المصر إلى القرية ومن القرية إلى المصر . وقال بعض المشايخ : إذا أوفاهما المعجل والمؤجل وكان رجلا مأمونا فله نقلها (قوله ومن تزوج امرأة ثم اختلفا) الاختلاف في المهر إما في أصله أو في قدره وكل منهما إما في حال الحياة أو بعد موتها أو موت أحدهما ، وكل منهما إما بعد الدخول أو قبله ، فإن اختلفا في حال الحياة في قدره بعد الدخول قبل الطلاق أو بعده حكم مهر المثل ، فمن كان من جهته كان القول له مع يمينه ، وإن لم يكن من جهة أحد بأن كان بين الدعويين تحالف ويعطى مهر المثل ، هذا قول أبي حنيفة ومحمد على تخريج الرازي ، وعلى تخريج الكرخي يتحالفان في الفصول كلها ويحكم مهر المثل . وقال أبو يوسف : القول للزوج مع يمينه في الكل إلا أن يأتي بشيء قليل ، وفسره المصنف وجماعة بأن يذكر مالا يتعارف مهرها لها .

نقلها إلى حيث شاء لقوله تعالى - أسكنوهن من حيث سكنتم - وقيل لا يخرجها إلى بلد غير بلدها) وهو قول الفقيه أبي الليث (لأن الغريب يؤذى) قال ظهير الدين المرغيناني : الأخذ بقول الله تعالى أولى من الأخذ بقول الفقيه أبي الليث . ورد بأن الفقيه هو الذي أخذ بقول الله تعالى لأن قوله - من حيث سكنتم - دليل مخصوص بدليل مستقل مقارن وهو قوله - ولا تضاروهن - (وفي قرى المصر القريه لا تتحقق الغربية) سئل أبو القاسم الصفار عن نخرجها من المدينة إلى القرية ومن القرية إلى المدينة فقال : ذلك تبوئة وليس بسفر ، وإخراجها من بلد إلى بلد سفر وليس بتبوئة . قال (ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر) هذه المسئلة على وجوه ، لأن الاختلاف إما أن يكون في حياتهما أو تختلف الورثة بعد مماتهما أو يكون بعد موت أحدهما ، فإن كان في حياتهما فيما أن يكون قبل الطلاق أو بعده ، وكل ذلك على وجهين : إما أن يكون الاختلاف في أصل التسمية أو في مقدار المسمى ، أما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعد الفرقة بعد الدخول أو بعد موت أحدهما فالقول قول المرأة إلى تمام مهر مثلها أو ورثتها ، والقول قول الزوج أو ورثته في الزيادة في قول أبي حنيفة ومحمد ، وكلامه في تحرير المذاهب ظاهر . وقوله

أقول : وفي الناية في الوقعات : تزوجها على مهر فأرادت منع نفسها حتى تأخذ المهر كله ليس لها في عرفنا لأن البعض معجل والبعض مؤجل في عرفنا والمعروفه كالمشروط ، وينظر كم يكون المعجل لمثل هذه المرأة من مثل هذا المهر ، وكما يكون المؤجل منه فيقتضى بالعرف إلا أن يشترط تعجيل الكل في العقد ، وهكذا في فتاوى قاضيهان وغيره . وفي الإبيجابي : إن كان المهر معجلا أو مسكوتا عنه فإنه يجب حالا ، لأن النكاح عقد معاوضة وقد تعين حقه في الزوجة فوجب أن يتعين حقها وذلك بالتسليم اهـ . ثم أقول : فظهر أن جواب الشارح

هو الصحيح . لأبي يوسف أن المرأة تدعى الزيادة والزواج ينكر والقول قول المنكر مع يمينه إلا أن يأتي بشيء يكذبه الظاهر فيه ، وهذا لأن تقوم منافع البضع ضروري ، فتي أمكن لإيجاب شيء من المسمى لا يصار إليه . ولهما أن القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر ، والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل لأنه هو الموجب الأصلي في باب النكاح ، وصار كالصباغ مع رب الثوب إذا اختلفا في مقدار الأجر يحكم فيه القيمة الصبغ .

وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول من قال أن يذكر ما لا يصلح مهرا شرعا : أعني أن يذكر مادون العشرة لأنه ذكر هذا اللفظ في البيع فيما إذا اختلفا في الثمن بعد الهلاك فالقول للمشتري إلا أن يأتي بشيء مستنكر وليس في الثمن تقدير شرعي . وقد يقال : ذلك لتعين كون الاستنكار بذلك الطريق لعدم تصور المستنكر بطريق آخر ، أما هنا فكما يتصور المستنكر عرفا يتصور شرعا . ويجاب بأن المستنكر شرعا داخل في المستنكر عرفا ، فإن ما يستنكر شرعا يستنكر عرفا ولا عكس ، فحيث اعتبرناه عرفا فقد اعتبرناه شرعا وزيادة ، فصار الحاصل من قولنا إن ما يستنكر مطلقا لا يكون القول قوله فيه سواء كان عرفا أو شرعا ، ولأنه لو كان شرعا لم يتحقق لأنه إذا ادعى خمسة كملت عشرة ولغا كلامه لأن العشرة في كونه مهرا شرعا لا يتجزأ وتسمية بعض ما لا يتجزأ شرعا كتسمية كله فلا يتصور حينئذ أن يأتي بالمستنكر ، وليس هذا بشيء لأن عدم تصحيح الخمسة مثلا وجعل القول قوله وتكملها عشرة هو لإتيانه بما يستنكر فقد تصور . ورجح الوبري تفسير هؤلاء البعض بأنه ذكر في الرجوع عن الشهادة لو ادعى أنه تزوجها على مائة وهي تدعى ألفا ومهر مثلها ألف وأقام البيعة ثم رجع الشهود لا يضمنون عند أبي يوسف ، لأنه لو لا الشهادة لكان القول قوله ، ولم تجعل المائة مستنكرا في حقها : يعني مع أن تسمية العشرة مستنكرة فيمن قيمتها عشرة أمثالها . وإن اختلفا بعد الطلاق قبل الدخول حكم متعة مثلها على التفصيل المذكور في تحكيم مهر المثل على رواية الجامع الكبير ، ووجب نصف ما يدعيه الرجل بعد يمينه عليه على ما في الأصل والجامع الصغير . وقال أبو يوسف : القول للزوج إلا أن يأتي على ما مر ، ولا خلاف بينهم في أن القول قول من يشهد له الظاهر على ما عرف في غير موضع ، وكما يفيد قول المصنف في التعبير عن أبي يوسف إلا أن يأتي بشيء يكذبه الظاهر فتنى كون القول لانتفاء الظاهر معه ، وإنما اختلفوا الاشتباه الظاهر ههنا أنه مع من ؛ فقالا مع من يشهد له مهر المثل لأن الغالب في المسمى في الأنكحة أن لا يكون أقل منه ، وهذا أوجه من قول المصنف لأنه الموجب الأصلي لأن كونه يفيد الظهور لمن هو من جهته ليس بذلك الاعتبار بل بما ذكرنا . وقال أبو يوسف مع من يشهد له الأصل ببراءة الذمة وإنما اعتبر الشاهد هنا بمهر المثل لأنه القيمة الضرورية للبضع إذ كان ليس مالا ، وإنما يتقوم إظهارا لشرفه فيقدر بقدر الضرورة وهي فيما إذا لم يتيقن بثبوت مسمى ، وهنا

(هو الصحيح) احتراز عن قول بعض مشايخنا في تفسير قول أبي يوسف : إن المراد به ما يكون دون العشرة فإنه مستنكر شرعا لأنه لا مهر أقل من عشرة دراهم ، والأصح أن مراده أن يدعى شيئا قليلا يعلم أنه لا يتزوج مثل تلك المرأة على ذلك المهر عادة فإنه ذكر هذا اللفظ في البيع أيضا إذا اختلفا في الثمن بعد هلاك السلعة ، فالقول قول المشتري إلا أن يأتي بشيء مستنكر وليس في الثمن تقدير شرعا . وقوله (لا يصار إليه) أي إلى مهر المثل .

موافق لما ذكره الإسيباني وخالف لسائر الكتب (قال المصنف : ولهما ، إلى قوله : لمن يشهد له مهر المثل لأنه هو الموجب الأصلي في باب النكاح) أقول : هذا مخالف لما سبق قبل ورقة فراجع ، ويحیی في أول فصل : والصلح جائز عن دعوى الأموال أن مهر المثل هو الموجب الأصلي

ثم ذكر ههنا أن بعد الطلاق قبل الدخول القول قوله في نصف المهر : وهذا رواية الجامع الصغير والأصل : وذكر في الجامع الكبير أنه يحكم متعة مثلها وهو قياس قولهما لأن المتعة موجبة بعد الطلاق كمهر المثل قبله فتحكم كهو . ووجه التوفيق أنه وضع المسئلة في الأصل في الألف والألفين ، والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ في العادة فلا يفيد تحكيمها ، ووضعها في الجامع الكبير في العشرة والمائة ومتعة مثلها عشرون فيفيد تحكيمها . والمذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور في الأصل . وشرح قولهما فيما إذا اختلفا في حال قيام النكاح أن الزوج إذا ادعى الألف والمرأة الألفين . فإن كان من مهر مثلها ألفا أو أقل فالقول قوله ، وإن كان ألفين أو أكثر فالقول قولها .

تيقناه وهو ما أقر به الزوج فيكون القول له ، ويحلف على نفي دعواها ، وصار كالاختلاف في قدر المسمى في الإجارة كالقصار ورب الثوب لا يصر إلى تحكيم أجره المثل لأن تقوم المنافع ضروري فلم يصر إليه حيث أمكن المصير إلى المسمى فكان القول لمن يدعي الأقل فكذا هذا ، وهما يقولان تقومه شرعا إظهارا للخطر يوجب الرجوع إليه عند التردد في المسمى لا ينفيه ، بل هو أحق من التتوّم الذي يثبت بسبب المالية لأن ذلك يقبل الإبطال بخلاف هذا ، وأما القصار ورب الثوب إذا اختلفا في الأجرة فليس لعمله موجب في الأجر بدون التسمية ليصار إلى اعتباره وللنكاح موجب فهو أشبه باختلاف الصباغ ورب الثوب في المقدار مما ذكر وفيه تحكيم قيمة الصبغ . وأما قوله تيقنا التسمية وهي ما أقر به الزوج فليس بذلك بل المتيقن أحدهما غير عين وهو لا يبنى الرجوع ، إذ لا فرق بين ذلك وعدم التسمية حيث تعذر القضاء بأحدهما عينا (قوله ثم ذكر هنا) أي في الجامع الصغير أن القول للزوج في نصف المهر إذا طلقها قبل الدخول وكذا في الأصل . وفي الجامع الكبير تحكيم المتعة وقد قدمناه . ووجه التوفيق ظاهر من الهداية . وحاصله يرجع إلى وجوب تحكيم المتعة إلا في موضع يكون ما اعترف به أكثر منها فيؤخذ باعتباره ويعطى نصف مهر المثل . ووجه ما ذكر أن المتعة موجبة بعد الطلاق قبل الدخول فتحكم كمهر المثل ، وقد يمنع بأن المتعة موجبة فيما إذا لم يكن فيه تسمية وهنا اتفقا على التسمية قلنا ببقاء ما اتفقا عليه وهو نصف ما أقر به الزوج ، ويحلف على نفي دعواها الزائد ، وعلى هذا فلا يتم ذلك التوفيق بل يتحقق الخلاف . ولهذا قيل : في المسئلة روايتان . لكن ما ذكر في جواب قول أبي يوسف آتفا يدفعه (قوله وشرح قولهما) إذا ادعى ألفا وهي ألفين ومهر مثلها ألف أو أقل فالقول له مع يمينته بالله ماتزوجتها على ألفين ، فإن حلف لزمه ما أقربه

وقوله (وهو قياس قولهما) أي قول أبي حنيفة ومحمد وإنما خصهما بالذكر لأن عند أبي يوسف القول قول الزوج في جميع الصور . وقوله (لأن المتعة موجبة بعد الطلاق) أي موجب العقد إذا كان الطلاق قبل الدخول (كمهر المثل قبله) أي قبل الطلاق (فتحكم) المتعة بعد الطلاق كمهر المثل قبله . وقوله (ووجه التوفيق) أي بين رواية الجامع الكبير وبين روايتي المبسوط والجامع الصغير وهو واضح . وقوله (فالقول قوله) يعني مع اليمين لأن الأصل في الدعاوى أن يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينته ، وإن نكل يقضى عليه بألّنى درهم كما لو أقر لأن النكول إقرار (وإن كان ألفين أو أكثر فالقول قولها) أي مع يمينها لأن الزوج يدعى عليها الحط وهي تنكر ، فإن نكلت يقضى بألف درهم لأنها أقرت بالحط . وإن حلفت يقضى لها بألّنى درهم ألف بطريق التسمية لاتفاقهما على تسمية الألف وألف باعتبار مهر المثل ، وفائدة هذا أنه يجبر الزوج في هذا الألف إن شاء

(قوله لأن النكول إقرار) أقول : عند أبي يوسف ومحمد فلا يناسب قول أبي حنيفة ، والأظهر أن يقال إقرار أو بلل .

وأيهما أقام البينة في الوجهين تقبل . وإن أقام البينة في الوجه الأول تقبل بينها لأنها تثبت الزيادة . وفي الوجه الثاني بينته لأنها تثبت الخط ، وإن كان مهر مثلها ألفا وخمسمائة تحالفا ، وإذا حلها يجب ألف وخمسمائة .

تسمية : أي لا يتخير فيها بين أن يعطيها دراهم أو قيمتها ذهبا ، وإن نكل لزمه ألفان مسمى لأن النكول إقرار أو بذل على الخلاف وكلاهما يقتضيه تسمية ، وإن كان مهر مثلها ألفين أو أكثر فالقول لها مع يمينها بالله مآثر وجته على ألف . وإن نكلت فلها ما أقر به تسمية لإقرارها به ، وإن حلفت فلها ما ادعت قدر ما أقر به تسمية لاتفاقهما عليه ، والزائد بحكم مهر المثل يتخير فيه الزوج بين الدراهم والذهب لأن يمينها لدفع الخط الذي يدعيه هو ، ثم وجوب الزائد بحكم أنه مهر المثل وأيهما أقام البينة قبلت في الوجهين فيما يدعيه هو تسمية ، فإن أقامها فبينتها أولى في الوجه الأول لإثباتها الزيادة ، وبينته في الثاني لإثباتها الخط . ونص محمد في هذا أن بينتها أولى لإثباتها الزيادة كالفصل الأول ، كذا في جامع قاضيه خان . وجه الأول أن الزيادة ثابتة بحكم مهر المثل ، وإنما أثبتت بينها تعيينها دراهم وذلك وصف في الثابت وبينته مثبتة ، بخلاف الظاهر وهو الخط فهي المثبتة للزيادة بطريق الأصالة فكانت أكثر إثباتا من المثبتة للوصف ، وإن كان مهر مثلها بين الدعويين ألفا وخمسمائة ، فإن لم يكن لهما بينة تحالفا وأيهما نكلا لزمه دعوى الآخر . وما وقع في النهاية من أن الزوج إذا نكل يلزمه ألف وخمسمائة كأنه غلط من الناسخ . وإن حلها يجب مهر المثل قدر ما أقر به تسمية والزائد يخير فيه ، فإن أقام أحدهما البينة ثبت ما يدعيه مسمى ، وإن أقامها تهاوترا في الصحيح لاستوائهما في الإثبات والدعوى ، ثم يجب مهر المثل ويخير فيه كله لأن بينة كل منهما تنفي تسمية الآخر فخلا العقد عن التسمية فيجب مهر المثل ، بخلاف التحالف لأن وجوب قدر ما يقر به الزوج بحكم الاتفاق . وذكر قاضيه خان أنه كفصل التحالف ، هذا كله تخريج الرازي وقد ذكرنا أن على تخريج الكرخي بتحالفان في الفصول كلها ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك ، والأحسن أن يقال : يتحالفان ثم يعطى مهر المثل . واختاره صاحب المبسوط وغيره من المتأخرين لأن ظهور مهر المثل عند عدم التسمية ، وبالتحالف يقتضي يمين كل دعوى صاحبه فيبقى العقد بلا تسمية فيجب حينئذ مهر المثل . وقال قاضيه خان : ما قاله الرازي أولى لأننا لا نحتاج إلى مهر المثل للإيجاب ، بل ليتين من يشهد الظاهر فيكون القول مع يمينه

أعطى الدراهم ، وإن شاء أعطى الدنانير (وأيهما أقام البينة في الوجهين) أي فيما إذا شهد مهر المثل للزوج وفيما إذا شهد مهر المثل للمرأة (تقبل ، وإن أقام البينة في الوجه الأول) وهو ما إذا كان مهر المثل شاهدا للزوج (تقبل بينها لأنها تثبت الزيادة وفي الوجه الثاني) وهو ما إذا كان مهر المثل شاهدا للمرأة تقبل (بينته لأنها تثبت الخط) والأصل في هذا أن البينة تثبت ما ليس بثابت ظاهرا (وإن كان مهر مثلها ألفا وخمسمائة تحالفا) لأن الزوج يدعي عليها الخط عن مهر المثل وهي تنكر ، والمرأة تدعي عليه الزيادة وهو ينكر ، وينبغي أن يقرع القاضي بينهما في البداية لاستوائهما ، فإن نكل الزوج يقضى بألف وخمسمائة كما لو أقر بذلك صريحا ، وإن نكلت المرأة وجب المسمى ألف لأنها أقرت بالخط ، وإن حلها جميعا وجب ألف وخمسمائة ألف بطريق التسمية لا يخير الزوج فيها لاتفاقهما على تسمية الألف وخمسمائة باعتبار مهر المثل يخير فيها الزوج ، وأيهما أقام البينة قبلت بينته ، وإن أقام يقضى بألف وخمسمائة ألف بطريق التسمية وخمسمائة باعتبار مهر المثل لأن البينتين بطلتا لمكان التعارض ،

(قوله فإن نكل الزوج يقضى بألف وخمسمائة) أقول : بل يقضى بألفين على ما عرفت أن أيهما نكل لزمه دعوى الآخر .

هذا تخريج الرازي . وقال الكرخي : يتحالفان في الفصول الثلاثة ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك ، ولو كان الاختلاف في أصل المسمى يجب مهر المثل بالإجماع لأنه هو الأصل عندهما ، وعنده تعذر القضاء بالمسمى فيصار إليه ، ولو كان الاختلاف بعد موت أحدهما فجواب فيه كالجواب في حياتهما لأن اعتبار مهر المثل لا يسقط

فلا حاجة إلى التحالف ، ويقرر في التحالف للابتداء استحبابا ، ولو بدأ بأيهما كان جاز . وقال القدوري في شرح كتاب الاستحلاف : يبدأ يمين الزوج لأنه كالمشتري والمهر كالثمن ، وفي المتابعين يبدأ يمين المشتري وإليه ذهب الإسيديجاني (قوله ولو كان الاختلاف في أصل المسمى) في حال الحياة بأن ادعاه أحدهما ونفاه الآخر (يجب مهر المثل بالإجماع) ولو كان بعد الطلاق قبل الدخول تجب المتعة بالاتفاق (لأنه هو الأصل عندهما) أي عند أبي حنيفة ومحمد ، وعند أبي يوسف تعذر القضاء بالمسمى لأن القول لمنكر التسمية مع يمينه فيصار إلى مهر المثل . واستشكل كون مهر المثل هو الأصل عند محمد بل هو مع أبي يوسف في أن المسمى هو الأصل على ما صرح هو به في مسألة ما إذا تزوجها على هذا العبد أو على هذا العبد وأحدهما أو كس . وما ذكر من إيجابه مع أبي حنيفة مهر المثل لا يستلزم كونه بناء عليه فقد أشرنا إلى أنه ليعرف من معه الظاهر بناء على أن العادة كون المسمى لا ينقص عن مهر المثل إلا نادرا ، لكننا منعنا في تلك المسئلة اختلافهم في أن الأصل هو مهر المثل بل الاتفاق عليه ، ولا ينتفي بذلك الخلاف ، فلا يشكل على هذا كون الأصل مهر المثل عند محمد هنا كما هو عند أبي حنيفة ، بل الأولى أن يعلل لكل به والمسئلة اتفاقية (قوله ولو كان الاختلاف بعد موت أحدهما ، فالجواب فيه كالجواب في حياتهما) أي حال قيام النكاح في الأصل والمقدار ، ومن كان القول له لو كان حيا يكون القول لورثته . وفي الأصل يجب مهر المثل بعد الدخول وقبله بعد الطلاق المتعة لأن اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت

ونص محمد في هذا الفصل أن بينة المرأة أولى لإثباتها الزيادة . وذكر الإمام المحبوبي بعد ذكر وجوب مهر المثل فيما إذا تحالفا فقال ثم إذا تحالفا يبدأ يمين الزوج لأنه أي بينهما إنكارا وإن أقاما البينة فالبينة بينة المرأة لأنها تثبت الزيادة والبينة مشروعة للإثبات (هذا تخريج الرازي . وقال الكرخي : يتحالفان في الفصول الثلاثة) على قول أبي حنيفة ومحمد ، وهو أن يكون مهر المثل شاهدا له أو شاهدا لها أو كان بينهما ، ثم يصار إلى مهر المثل لأنها اتفقا على أصل التسمية ، والتسمية الصحيحة تمنع المصير إلى مهر المثل ، وإذا حلقتا تعذر التسمية فيحكم مهر المثل . قيل قول أبي بكر أصبح لأن تحكيم المهر ليس لإيجاب مهر المثل ، وإنما هو لمعرفة من يشهد له الظاهر ، ثم الأصل في الدعاوى أن القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه (ولو كان الاختلاف في أصل المسمى) بأن ادعى أحدهما التسمية وأنكر الآخر كان القول قول من ينكر التسمية (ويجب مهر المثل بالإجماع) المركب ، أما عندهما فلأنه الأصل في التحكيم ، وأما عند أبي يوسف فلأنه تعذر القضاء بالمسمى لعدم ثبوت التسمية للاختلاف فيجب مهر المثل كما لو تزوجها ولم يسم لها مهرا (ولو كان الاختلاف بعد موت أحدهما) بين الحى وورثة الميت (فالجواب فيه كالجواب في حياتهما) في الأصل ، والمقدار في الأصل يجب مهر المثل بعد الدخول والمتعة قبله ،

(قال المصنف : هذا تخريج الرازي وقال الكرخي الخ) أقول : وصح في النهاية تخريج أبي بكر . وفي شرح تاج الشريعة قول الكرخي أصح (قال المصنف : ولو كان ، الاختلاف في أصل المسمى يجب مهر المثل بالإجماع) أقول : الظاهر شاهد لدعى التسمية عند أبي يوسف فلم لا يكون القول قوله عنده (قوله كالجواب في حياتهما في الأصل) أقول : أي في أصل التسمية (قوله والمتعة قبله) أقول يعني بعد الطلاق

بموت أحدهما ، ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول. وورثة الزوج عند أبي حنيفة ، ولا يستثنى القليل ، وعند محمد الجواب فيه كالجواب في حالة الحياة ، وإن كان في أصل المسمى فعند أبي حنيفة القول قول من أنكره . فالخاصل أنه لا حكم لمهر المثل عنده بعد موتهما على ما نبينه من بعد إن شاء الله . قال (وإذا مات الزوجان وقد سمي لها مهر فلورثتها أن يأخذوا ذلك من ميراث الزوج . وإن لم يكن سمي له مهر فلا شيء لورثتها عند أبي حنيفة ، وقالوا : لورثتها المهر في الوجهين) معناه المسمى في الوجه الأول ومهر المثل في الوجه الثاني . أما الأول فلأن المسمى دين في ذمته وقد تأكد بالموت فيقضى من تركته . إلا إذا علم أنها ماتت أولاً فيسقط

أحدهما ، ولهذا يجب في المفوضة مهر المثل بعد موت أحدهما بالاتفاق (قوله ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول لورثة الزوج عند أبي حنيفة) كأبي يوسف حال الحياة ، إلا أن أبا حنيفة لم يستثن القليل ، وهذا لسقوط مهر المثل بعد موتهما عند أبي حنيفة (وعند محمد الجواب بعد موتهما كالجواب في حالة الحياة ، وإن كان في أصل المسمى ، فعند أبي حنيفة القول لمن أنكره) ولا يقضى بشيء وعندهما يقضى بمهر المثل ، وبه قال مالك والشافعي وأحمد وعليه الفتوى ، لكن الشافعي يقول بعد التحالف : وعندنا وعند مالك وأحمد لا يجب التحالف (قوله على ما نبينه) يعني في المسئلة التي تليها من غير فصل ، وهي ما إذا مات الزوجان وقد سمي لها مهر ثبت ذلك بالبينة أو بتصادق الورثة فلورثتها أن يأخذوا ذلك من ميراث الزوج ، هذا إذا علم أن الزوج مات أولاً أو علم أنهما ماتا معا أو لم تعلم الأولية لأن المهر كان معلوم الثبوت ، فلما لم يتيقن بسقوط شيء منه بموت المرأة أولاً لا يسقط ، وأما إذا علم أنها ماتت أولاً فيسقط منه نصيب الزوج لأنه ورث ديناً على نفسه ، فعلم بهذا أن المستثنى منه المحذوف في قوله إلا إذا علم الخ هو هذه الصور الثلاث التي ذكرناها . كذا في النهاية . والصواب أن المستثنى منه جميع الصور لأن التقدير فلورثتها أن يأخذوا ذلك في جميع الصور إلا في صورة العلم بموتها قبله لأن المستثنى منه هو العام ، ولو كان الصور الثلاث مستثنى منها كان أخذ الورثة إنما هو في بعض الثلاث لا كلها (قوله وإن لم يسم لها مهر فلا شيء لورثتها عند أبي حنيفة وقالوا لم مهر المثل) واستدل أبو حنيفة في الكتاب فقال : أرأيت لو ادعى ورثة عليّ على ورثة عمر مهر أم كلثوم بنت عليّ أكنت أقضي فيه بشيء ؟ وهذا إشارة إلى أنه إنما لا يقضى به عند تقادم العهد لأن مهر المثل يختلف باختلاف الأوقات ، فإذا تقادم العهد يتعذر على القاضي

وفي المقدار عندهما يحكم مهر المثل لأن مهر المثل لا يسقط بموت أحدهما ، ألا ترى إلى مسئلة المفوضة إذا مات أحدهما وعنده القول قول الزوج أو ورثته لما تقدم (ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند أبي حنيفة ولا يستثنى القليل) خلافاً لأبي يوسف فإنه يستثنيه كما تقدم (وعند محمد الجواب فيه كالجواب في حالة الحياة) بحكم مهر المثل وهو قياس قول أبي حنيفة لكنه تركه استحساناً لما تذكره وإن كان الاختلاف بعد موتهما في أصل التسمية ، فعند أبي حنيفة القول قول من أنكره لا يحكم مهر المثل . وقوله (لما نبينه من بعد) إشارة إلى دليل أبي حنيفة في المسئلة التي تلي هذه المسئلة . قال (وإذا مات الزوجان وقد سمي لها مهر فلورثتها أن يأخذوا ذلك من ميراث الزوج ، وإن لم يكن سمي لها مهر فلا شيء لورثتها عند أبي حنيفة ، وقالوا : لورثتها المهر في الوجهين معناه) أي معنى قوله لورثتها المهر في الوجهين (المسمى في الوجه الأول) وهو ما إذا سمي (ومهر المثل في الوجه الثاني) وهو ما إذا لم يسم (أما الأول) وهو وجوب المسمى (فلأن المسمى دين في ذمته) إما بشبوهة بالبينة أو بالتصادق (وقد تأكد بالموت فيقضى من تركته) إذا علم أنهما ماتا معا أو لم يعلم أيهما مات

نصيبه من ذلك. وأما الثاني فوجه قولهما أن مهر المثل صار ديناً في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما إذا مات أحدهما. ولأبي حنيفة أن موتهما يدل على انقراض أقرانهما فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل (ومن بعث إلى امرأته شيئاً فقالت هو هدية وقال الزوج هو من المهر فالقول قوله) لأنه هو المملك فكان أعرف بجهة التملك، كيف وأن الظاهر أنه يسعى في إسقاط الواجب. قال (إلا في الطعام الذي يؤكل فإن القول قولها)

الوقوف على مقداره، وأيضاً يؤدي إلى تكرار القضاء به لأن النكاح القديم قد يكون مشهوراً وهو مما يثبت بالتسامع فيدعى ورثة ورثة الورثة على ورثة ورثة الورثة به، فلو قضى به ثم تأخر العصر فادعى الورثة الذين وجدوا بعد ذلك بزمان به أيضاً يقضى به أيضاً ثم وثم فيفرض إلى ما قلنا، أما إذا لم يتقدم فيقضى بمهر المثل. وطريق آخر أن مهر المثل قيمة البضع فيشبه المسمى ويجب بغير شرط فيشبه النفقة فالشبه الأول لا يسقط أصلاً، وللشبه الثاني يسقط بموتهما أو موت أحدهما فقلنا يسقط بموتهما إعمالاً لشبه النفقة، ولا يسقط بموت أحدهما إعمالاً لشبه المسمى توفيراً على الشبهين حظهما، وهذا يقتضي أن لا يقضى به وإن كان العهد قريباً وما قبله أوجه. وقال مشايخنا: هذا كله إذا لم تسلم نفسها، فإن سلمت نفسها ثم وقع الاختلاف في حال الحياة أو بعد الموت فإنه لا يحكم بمهر المثل بل يقال لها: لا بد أن تقرى بما تعجلت وإلا حكمنا عليك بالمتعارف في المعجل ثم يعمل في الباقي كما ذكرنا (قوله ومن بعث إلى امرأته شيئاً ثم قال من حقت وقالت هدية فالقول له لأنه المملك فكان أعرف بجهة التملك) إلا فيما يكون مهياً للأكل لأن الظاهر يتخلف عنه فيه، والقول إنما هو قول من يشهد له الظاهر، والظاهر

أولاً أو علم أن الزوج مات أولاً، وأما إذا علم أنها ماتت أولاً فيسقط نصيبه من ذلك (وأما الثاني فوجه قولهما أن مهر المثل صار ديناً في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما إذا مات أحدهما) وهو قياس قوله لكن استحسن فقال (إن موتهما يدل على انقراض أقرانهما فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل) وهذا يشير إلى أن وضع المسئلة في صورة التقادم، وقد روى عنه أنه استدلل فقال: رأيت لو ادعى ورثة على ورثة عمر مهر أم كلثوم أكنت أقصى فيه بشيء؟ وهذا لأن مهر المثل يختلف باختلاف الأوقات، فإذا تقدم العهد وانقرض أهل ذلك العصر يتعذر على القاضي الوقوف على مقدار مهر المثل، وعلى هذا إذا لم يكن العهد متقدماً بأن لم يختلف مهر مثل هذه المرأة يقضى بمهر مثلها. وللمشايخ طريق آخر وهو أن مهر المثل من حيث هو قيمة البضع يشبه المسمى، ومن حيث إنه يجب في مقابلة ما ليس بمال يشبه الصلة كالنفقة؛ فباعتبار الشبه الأول لم يسقط فلا يسقط بموت أحدهما، وباعتبار الشبه الثاني يسقط بموتهما لأن المسقط تأكد بالموت. وقوله (ومن بعث إلى امرأته شيئاً) ظاهر. وقوله (فالقول قوله) أي مع يمينه فإن حلف والمتاع قائم فالمرأة أن ترد وترجع بما بقي من المهر وإن كان

(قال المصنف: ولأبي حنيفة أن موتهما يدل على انقراض أقرانهما) أقول: فيه إشارة إلى أنه إنما لا يقضى به عند تقدم العهد لأن مهر المثل يختلف باختلاف الأوقات، فإذا تقدم العهد يتعذر على القاضي الوقوف على مقداره، وطريق آخر أن مهر المثل قيمة البضع فيشبه المسمى، ويجب بغير شرط فيشبه النفقة، فالشبه الأول لا يسقط أصلاً وللشبه الثاني يسقط بموتهما وموت أحدهما فقلنا: يسقط بموتهما إعمالاً للشبه الأول، ولا يسقط بموت أحدهما إعمالاً للشبه الثاني توفيراً على الشبهين حظهما، وهذا يقتضي أن لا يقضى به وإن كان العهد قريباً: قال ابن الممام: وما قبله أوجه، ثم قال: وقال مشايخنا: هذا إذا لم تسلم نفسها، فإن سلمت ثم وقع الاختلاف في حال الحياة أو بعد الموت فإنه لا يحكم بمهر المثل بل يقال لها: لا بد أن تقرى بما تعجلت وإلا حكمنا عليك بالمتعارف في المعجل ثم يعمل في الباقي كما ذكرنا اهـ. (قال المصنف: فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل) أقول: لم لا يجوز أن يعرف ذلك بالتصادق أو بالينة كما في الوجه الأول (قوله فقال رأيت لو ادعى ورثة على ورثة عمر رضي الله عنهما الخ) أقول: المهر في تلك القصة مسمى، وأبو حنيفة رحمه الله متفق

- ٣٨٠ -

والمراد منه ما يكون مهياً للأكل لأنه يتعارف هدية ، فأما في الخنطة والشعير فالقول قوله لما بينا ، وقيل ما يجب عليه من الخمار والدرع وغيرهما ليس له أن يحتسبه من المهر لأن الظاهر يكذبه ، والله أعلم .

في المتعارف مثله أن يعثه هدية ، والمراد منه نحو الطعام المطبوخ والمشوى والفواكه التي لا تبقى والحلواء والخبز والدجاج المطبوخ ، فأما الخنطة والشعير والعسل والسمن والجوز واللوز والدقيق والسكر والشاة الحية فالقول فيه قوله . وإذا حلف والمرسل قائم ، إن كان من غير جنس حقها ولم يرضيا ببيعته بالصدّاق يأخذه ، وإن كان هالكا لا ترجع بالمهر بل بما بقي إن كان يبقى بعد قيمته شيء ، ولو بعث هو وبعث أبوها له أيضا ثم قام هو من المهر فلا لب أن يرجع في هبته إن كان من مال نفسه وكان قائما ، وإن كان هالكا لا يرجع ، وإن كان من مال البنت بإذنها فليس له الرجوع لأنه هبة منها وهي لا ترجع فيها وهبت لزوجها . وفي فتاوى أهل سمرقند : بعث إليها هدايا وعوضته المرأة ثم زفت إليه ثم فارقتها وقال بعثتها إليك عارية وأراد أن يسترده وأرادت هي أن تسترد العوض فالقول قوله في الحكم لأنه أنكر التملك . وإذا استرده تسترد هي ما عوضته . هذا والذي يجب اعتباره في ديارنا أن جميع ما ذكر من الخنطة واللوز والدقيق والسكر والشاة الحية وباقيا يكون القول فيها قول المرأة لأن المتعارف في ذلك كله أن يرسله هدية والظاهر مع المرأة لا معه ولا يكون القول له إلا في نحو الثياب والجارية ، وفيها إذا بعث الأب بعد بعث الزوج تعويضا يثبت له حق الرجوع على الوجه الذي ذكر في فتاوى أهل سمرقند ، وكذا البنت فيما إذا أذنت في بعثه تعويضا ، هذا إذا كان بعثها عقيب بعث الزوج ، فإن تقدم عليه فالظاهر أنه هدية لا يوجب الرجوع فيه للزوج إلا إن كان قائما ، والله سبحانه أعلم (قوله فالقول قوله) أي مع يمينه (قوله وقيل ما يجب الخ) بخلاف الخلف والملاءة لا يجب عليه إذ لا يجب عليه تمكينها من الخروج بل يجب منعها إلا فيما ستركه فيما بعد إن شاء الله تعالى ، ويجب عليه الخلف والملاءة لأمتها ، ثم كون الظاهر يكذبه في نحو الدرع والخمار إنما ينفي احتسابه من المهر لا من حق آخر كالكسوة .

[فروع] زوج بنته وجهازها ثم ادعى أن ما دفعه لها عارية وقالت تملكها أو قال الزوج ذلك بعد موتها ليرث منه وقال الأب عارية ، قيل القول للزوج ولها لأن الظاهر شاهد به إذ العادة دفع ذلك إليها هبة واختاره السغدّي ، واختار الإمام السرخسي كون القول للأب لأن ذلك يستفاد من جهته واختار للفتوى القول الأول إن كان العرف ظاهرا بذلك كما في ديارهم كما ذكره في الواقعات وفتاوى الخاصي وغيرهما ، وإن كان العرف مشتركا فالقول للأب ، وقيل إن كان الرجل ممن مثله يجهز البنت تملكها فالقول للزوج وإلا فله . ولو أبرأت الزوج من المهر أو وهبته ثم ماتت فقالت الورثة هو في مرض موتها وأنكر الزوج فالقول له . وقيل يذبح أن يكون القول

هالكا لم ترجع . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله وأن الظاهر أنه يسعى في إسقاط الواجب . وقوله (وقيل ما يجب عليه) إنما قيد بالوجوب لأنه إذا بعث الخلف والملاءة كان له أن يحتسبه من المهر لأن ذلك لا يبيحه عليه . وقوله (وغيرهما) قيل كتناع البيت .

معهما في صورة كونه مسمى في أنه يأخذه ورثة الزوجة فاقرب هذا التعليل هنا (قوله وقوله لما بينا إشارة إلى قوله وأن الظاهر أنه يسمى الخ) أقول : والظاهر أنه إشارة إلى مجموع الدليلين .

للورثة لأن الزوج يدعى سقوط ما كان ثابتاً وهم ينكرون . وجه الظاهر أن الورثة لم يكن لهم حق وإنما كان لها وهم يدعونهم لأنفسهم والزوج ينكر فالقول له . وفي البدائع في كتاب النفقات : أعطاهما مالا وقال من المهر وقالت من النفقة فالقول للزوج إلا أن تقيم هي البينة لأن التملك منه . وفي الخلاصة : أنفق على معتدة الغير على طمع أن تزوجها إذا انقضت عدتها ، فلما انقضت أبت ، إن شرط في الإنفاق التزوج : يعني كأن يقول أنفق عليك بشرط أن تزوجيني يرجع زوجت نفسها أولاً لأنه رشوة . والصحيح أنه لا يرجع لزوجت نفسها وإن لم يشترط لكن أنفق على هذا الطمع اختلفوا . والأصح أنه لا يرجع إذا زوجت . قاله الصدر الشهيد . وقال الشيخ الإمام : الأصح أنه يرجع عليها زوجت نفسها منه أولاً لأنه رشوة ، واختاره في المحيط . وهذا إذا دفع الدراهم إليها لتنفق على نفسها ، أما إذا أكل معها فلا يرجع بشيء اهـ ولم يذكر ما إذا أبت أن تزوجه في فصل عدم الاشتراط صريحاً إلا ما قد يتوهم من اقتضائه على قول الشهيد ، ومن بعده أنه يرجع إذا لم تزوجه . وحكى في فتاوى الخاصية فيما إذا أنفق بلا شرط بل للعلم عرفاً أنه ينفق للزوج ثم لم تزوج به خلافاً : منهم من قال يرجع لأن المعروف كالمشروط ، ومنهم من قال لا . قال : وهو الصحيح لأنه إنما أنفق على قصده لا شرطه . وفيها : ادعت على زوجها بعد وفاته أن لها عليه ألفاً من مهرها تصدق في الدعوى إلى مهر مثلها في قول أبي حنيفة لأن عنده يحكم مهر المثل فمن شهد له مهر المثل كان القول قوله قوله مع يمينه . وفي النوازل : اتخذت لأبويها مأتماً فبعث الزوج إليها بقره فذبحتها وأطعمتها أيام المأتّم فطلب قيمتها فإن اتفقا أنه بعث بها إليها وأمرها أن تذبح وتطعم ولم يذكر قيمة ليس له أن يرجع عليها لأنها فعلت بإذنه من غير شرط القيمة . وإن اتفقا على ذكره الرجوع بالقيمة فله أن يرجع وإن اختلفا في ذكر القيمة فالقول للزوجة مع يمينها لأن حاصل الاختلاف راجع إلى شرط الضمان وهي منكرة .

[تنمة فيها مسائل] الأولى : مسألة تعورف ذكرها في باب المهر مع أن الجواب المذكور فيها إنما يتعلق بالميراث فأحببنا الاتباع ونذكر المهر زيادة فيها . تزوج ثنتين في عقدة واحدة وثلاثاً في عقدة ومات قبل أن يدخل بواحدة منهن وقبل أن يبين المتقدمة نكاحاً من غيرها ، فميراث الزوجات وهو الربع عند عدم الولد وولد الابن ، والثلث مع الولد أو ولد الابن بينهما على أربعة وعشرين : سبعة لتي تزوجها وحدها اتفاقاً ، والباقي نصفه للثنتين ، ونصفه للثلاث عند أبي حنيفة ، وقالوا : ثمانية أسهم من الباقي للثنتين ، وتسعة للثلاث على اختلاف تخريجيهما . وإنما قلنا المسألة من أربعة وعشرين لأن نكاح الواحدة صحيح على كل حال لأنه إن تقدم فظاهر . وكذا إن توسط لأنها تكون ثالثة إن وقع بعد الثنتين ورابعة بعد الثلاث ، وكذا إذا تأخر لبطان نكاح أحد الفريقين فقع هي ثالثة أو رابعة ، ونكاح كل من الفريقين صحيح في حال باطل في حال . ثم نقول : إن صح نكاح الواحدة مع الثنتين فلها ثلث الميراث ، وإن صح مع الثلاث فلها رابعة فنحتاج إلى حساب له ثلث وربع وأقله اثنا عشر ، أو نقول : يخرج الثلث من ثلاثة والربع من أربعة وبينهما مباينة فضررنا أحدهما في الآخر فصار اثني عشر فيكون لها الثلث في حال أربعة والربع في حال ثلاثة ؛ فثلاثة ثابتة بيقين ، والرابع يجب في حال دون حال فينصف للشك فيه فينكسر فيضعف فيصير أربعة وعشرين ، أو يضرب مخرج النصف وهو اثنان في اثني عشر فصار أربعة وعشرين ، ثم نقول : لتي تزوجها وحدها سبعة من أربعة وعشرين لأن لها الثلث في حال ثمانية ، والربع في حال

سنة فستة ثابتة ييقين ، ووقع الشك في سهمين لأنهما يسقطان في حال ويثبتان في حال ، فيثبت أحدهما ويضم إلى ستة صار لها سبعة ومما بقي تسعة للثلاث لكل واحدة ثلاثة وثمانية للثنتين لكل واحدة أربعة عندهما على اختلاف تخريجهما . أما أبو يوسف فيعتبر المنازعة فيقول : لا منازعة للثنتين في السهم السابع عشر لأنهما لا تدعيان إلا ثلثي الميراث ستة عشر ، فالسهم السابع عشر يسلم للثلاث لأنهن يدعين ثلاثة أرباع الميراث ثمانية عشر فبقي ستة استوت منازعة الفريقين فيها فتكون بينهما نصفان فحصل للثلاث تسعة منها وللثنتين ثمانية . وأما محمد فيعتبر الأحوال فيقول إن صح نكاح الثلثين فلهما ثلثا الميراث ستة عشر وهو حال التقدم على الثلاث فتكون الواحدة معهما فيكون لهما ثلثاه ، وإن لم يصح فلا شيء لهما فلهما نصف ذلك وهو ثمانية . والثلاث إن صح نكاحهن فلهن ثلاثة أرباع الميراث ثمانية عشر لأن الواحدة ترث معهن ، وإن لم يصح فلا شيء لهن فلهن نصف ذلك وهو تسعة ، فاتفق الجواب واختلف التخريج والضابط عن الغلط قولنا الحاء مع الحاء والعين مع العين : أي لمحمد الأحوال ويعقوب المنازعة . وعند أبي حنيفة نصف ما بقي للثنتين ونصف الآخر للثلاث لأن الفريقين في علة الاستحقاق سواء ، لأن كل فريق يستحق في حال وهو ما إذا كان سابقا على الفريق الآخر دون حال التأخير . فصار كما لو لم يكن معهن واحدة ولو لم يكن معهن واحدة كان جميع ميراث النساء بين الفريقين نصفين ، كذا هنا ، فللنصف وقع الكسر فضعفنا الحجة وصار ثمانية وأربعين أو تضرب مخرج النصف وهو اثنان في أربعة وعشرين فيصير ثمانية وأربعين للواحدة من ذلك أربعة عشر ولكل واحدة من الطائفتين سبعة عشر فنطلب بين السهام والرءوس الاستقامة أو الموافقة أو المباينة فتستقيم أربعة عشر على الواحدة ولا تستقيم سبعة عشر على الثلثين ولا على الثلاث ولا موافقة بين ذلك أيضا فحصل معنا اثنان وثلاثة فنطلب بين الرءوس والرءوس الأحوال الأربعة : التداخل ، والتماثل ، والتوافق ، والتباين ، فوجدناها متباينة فنضرب ثلاثة في اثنين أو على العكس فيحصل ستة فنضربها في ثمانية وأربعين فتصير مائتين وثمانية وثمانين ومنها تصح : وطريق معرفة ما لكل أن تضرب ما كان له في هذه الستة كان للواحدة أربعة عشر فنضربها في ستة يحصل لها أربعة وثمانون وكان لكل فريق سبعة عشر ضربناها في الستة يحصل لكل فريق مائة وسهمان لكل من الثلثين أحد وخمسون ولكل من الثلاث أربعة وثلاثون . فإن قيل : ما ذكر أبو حنيفة مشكل لأنه يعطى الثلثين ما لا تدعيانه أجيب بأنهما إنما لا تدعيانه إذا استحققت الواحدة ذلك السهم فأما بدون استحقاقها فلا وقد خرج ذلك السهم من استحقاق الواحدة فكان دعواهما ودعوى الثلاث في استحقاق ما فرغ من استحقاق الواحدة سواء . هذا الاختلاف في الإرث ، أما المهور فالزوج إن كان حيا يؤثر بالبيان جبرا والقول قوله في الثلاث والثلثين أيهن الأول لأن نكاح أحد الفريقين صحيح في نفس الأمر ، والزوج هو الذي باشر العقود ، فإن قال لا أدري الأول حجب عنهن إلا الواحدة لأنه أقر بالاشتباه فيما لا مساغ فيه للتحرى . وإن مات أحد الفريقين والزوج حي فقال من الأول ورثهن وأعطى مهورهن وفرق بينه وبين الآخر ، وإن كان دخل بهن كلهن ثم قال في صحته أو عند موته لأحد الفريقين ذلك فهو الأول ، ويفرق بينه وبين الآخر ولكل واحدة الأقل من مهر مثلها والمسمى كما هو الرسم في الدخول في النكاح الفاسد والدخول بهن لا يؤثر في البيان إذا لم تعلم السابقة في الوطء . وأما المهر قبل الدخول فللواحدة مسمى لها بكأله لأن نكاحها صحيح

يقتين ، ولثلاث مهر ونصف ولثنتين مهر واحد بالاتفاق فهما يمرآن على أصلهما في اعتبار المنازعة والحال. وأبو حنيفة فرق بين المهر والميراث فاعتبر المنازعة في المهر دون الميراث فقال : ما فضل من الواحدة هناك بين الفريقين نصفان لا يتفاوتان فيه لأنهما قد استويا في الاستحقاق فيكون بينهما ، فأما هنا فالثنتان لا تدعيان النصف الرائد على المهرين والثلاث يدعيه فسلم لهن ، وفي المهرين استوت منازعتهما فيكون بينهما . أو نقول : أكثر ما هن ثلاثة مهوور بأن يكون السابق نكاح الثلاث وأقل ما هن مهوور بأن يكون نكاح الثنتين سابقا فوقع الشك في مهر واحد فيتنصف فكان لهن مهوور ونصف ، ثم لا منازعة للثنتين في الزيادة على مهرين فيسلم ذلك مع الثلاث وهو نصف مهر يبقى مهوور استوت منازعة الفريقين فيه فكان بينهما فحصل مهر ونصف ولثنتين مهر واحد . ومحمد يقول : إن صح نكاح الثلاث فلهن ثلاثة مهوور ، وإن لم يصح فلا شيء لهن فلهن نصف ذلك وهو مهر ونصف ، وأما الثنتان فلهما مهوور إن صح وإلا فلا شيء لهما فلهما نصف ذلك مهر واحد . وأما حكم العدة فعلى كل واحدة منهن عدة الوفاة على الواحدة ظاهر ، وعلى الفريقين كذلك لأن الشرع حكم بصحة نكاحهن حيث أوجب لهن مهرا وميراثا والعدة بما يحتاط فيها ، فإن كان الزوج دخل بهن ولم يعرف الأول من الآخر فعلى غير الواحدة عدة الوفاة والحيض جميعا ، أعني أربعة أشهر وعشرا يستكمل فيها ثلاث حيض .

المسئلة الثانية : تزوج امرأة وابنتها في ثلاثة عقود ولا تدري الأولى منهن ومات قبل الوطء والبيان فلهن مهر واحد لأن الصحيح نكاح إحداهن ليس غير لأنه إن تزوج الأم أولا لم يصح نكاح بنتها أو البنت فكذا ، ولهن كمال ميراث النساء هذا بالاتفاق . ثم اختلفوا في كيفية القسمة فقال أبو حنيفة : للأم النصف من كل من المهر والميراث ، وقال أبو يوسف ومحمد : يقسم بينهما أثلاثا ولو كان تزوج الأم في عقدة والبنتين في عقدة كان الكل للأم بالاتفاق المتيقن بطلان نكاحهما تقدم أو تأخر عن الأم للجمع بين الأختين في عقدة ؛ ولو كان تزوج امرأة وأمها وابنتها أو امرأة وأمها وأخت أمها كان المهر والميراث بينهما أثلاثا اتفاقا . وقيل على الخلاف ، والصحيح الأول . والأصل أن المساواة في سبب الاستحقاق توجب المساواة في الاستحقاق . ونكاح كل واحدة يصح في حال ولا يصح في حالين فاستوين في حق الاستحقاق وهو يساعدهما على هذا الأصل ، لكنه يقول : الأم لا يزاها إلا إحدى البنتين لأننا تيقنا بطلان نكاح إحدى البنتين والابنتان في النصف استوتا لأنه ليست إحداها بتعيين جهة البطلان أولى من الأخرى .

المسئلة الثالثة : قال لأجنبية كلما تزوجتك فأنت طالق فزوجهما في يوم ثلاث مرات ودخل بها في كل مرة فهي امرأته ، وعليه مهوور ونصف مهر ، ووقع عليه تطليقتان على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأنه لما تزوجهما أولا وقع تطليقة ووجب نصف مهر ، فلما دخل بها ووجب مهر كامل لأنه وطء عن شبهة في المحل ، إذ الطلاق غير واقع عند الشافعي بناء على أن هذا التعليق عنده لا يصح ووجب العدة ، فإذا تزوجهما ثانيا وقعت أخرى وهو طلاق بعد الدخول معنى ، فإن من تزوج معتدته البائن وطلقها قبل الدخول فعند أبي حنيفة وأبي يوسف يكون هذا الطلاق بعد الدخول معنى فيجب مهر كامل وعدة مستأنفة ، خلافا لمحمد في إيجابه نصف مهر وبقية عدها

(فصل)

(وإذا تزوج النصراني نصرانية على ميتة أو على غير مهر وذلك في دينهم)

التي كانت فيها فصار على قولهما الواجب مهران ونصف مهر . فإذا دخل بها وهي معتدة عن طلاق رجعي صار مراجعا فلا يجب بالوطء شيء . فإذا تزوجها ثالثا لا يصبح النكاح لأنه تزوجها وهي منكوبة ونكاح المنكوبة لا يصبح . وعلى قول محمد بالتزويج الأول والطلاق عقبيه يجب نصف وبالدخول بعد مهر كامل وبالتزويج والدخول بعد الطلاق الواقع عقبيه أيضا مهر ونصف . وكذا بالتزويج الثالث فكان الواجب على قوله أربعة مهوور ونصف مهر . وهذا بناء على أنه لم يصر مراجعا بالوطء عقيب النكاح الثاني لأن الطلاق الثاني لم يقع على مدخول بها . وعندهما لما كان الدخول في الأول دخولا في الثاني كان الطلاق عقيب الثاني عقيب الدخول . ولا يخفى عليك أن الدخول الأول لم يكن في نكاح بل ليس إلا وطأ بشبهة فاقضى قولهما على هذا أن الرجعة تثبت بالوطء في عدة وإن كانت تلك العدة عن غير طلاق بل عن وطء بشبهة إذا كان مسبوقا بطلاق . ولو قال كلما تزوجتك فأنت طالق بائن والمسئلة بحالها بانت بثلاث وعليه خمسة مهوور ونصف مهر في قياس قولهما وأربعة مهوور ونصف على قول محمد . وتخريج ذلك على الأصل المذكور لكل : فقول محمد يلزمه أربعة مهوور ونصف على الأصل المذكور له آتفا ظاهرا . وأما وجه ما ذكرنا عندهما فلا أنه بالنكاح الأول والدخول بعده يجب مهر ونصف ، وبالنكاح الثاني طلقت بائنا ولها مهر كامل لأنه طلاق بعد الدخول على قولهما ، ومهر آخر بالدخول بعده للشبهة ولم يصر به مراجعا لأن الطلاق بائن . وبالنكاح الثالث طلقت ثلاثا ولها مهر . وبالدخول بعد مهر آخر فصارت خمسة مهوور ونصف . ثلاثة بالدخول ثلاث مرات . ونصف مهر بالتزويج الأول ، ومهران بالتزويجين الأخيرين لكون الطلاق بعدهما بعد الدخول على قولهما .

(فصل)

لما ذكر مهوور المسلمين شرع في ذكر مهوور الكفار (قوله وإذا تزوج نصراني) المراد إذا تزوج ذمي كتابي أو مجوسي على ميتة أو على غير مهر وذلك في دينهم جائز ودخل بها أو طلقها قبل الدخول أو مات عنها فليس لها مهر ، ولو أسلما أو رفع أحدهما إلينا أو تراقعا وهذا إذا لم يدينوا مهر المثل بالنق وكذا لو تزوجها على دم لأنهم

(فصل)

لما ذكر أحكام النكاح في حق المسلمين وهم الأصول في الشرائع ذكر من هو تبع لهم في المعاملات ومن المعاملات أحكام النكاح في حق الكفار (وإذا تزوج النصراني نصرانية) قيل المراد بهما الذمي والذمية ولهذا ذكر في المبسوط بلفظ الذمي . وأقول : يجوز أن يكون أطلقه ليتناول المستأمن أيضا (وذلك في دينهم) أي النكاح

(فصل) إذا تزوج

(قوله لما ذكر أحكام النكاح الخ) أقول : الظاهر أن يقول أحكام المهر ، لكن مراد الشارح بأحكام النكاح المهر أيضا (قوله وإذا تزوج النصراني نصرانية ، إلى قوله : ليتناول المستأمن أيضا) أقول : ولو قال إذا تزوج الكافر كافرة لكان أم وأمثل (قوله وذلك في دينهم : أي النكاح بغير مهر الخ) أقول : ولعل الأولى أن يجعل ذلك إشارة إلى مجموع ما ذكر من النكاح على الميتة وعلى غير مهر

جائر قدخل بها أو طلقها قبل الدخول بها أو مات عنها فليس لها مهر ، وكذلك الحريان في دار الحرب) وهذا عند أبي حنيفة وهو قولهما في الحربين . وأما في الذمة فلها مهر مثلها إن مات عنها أو دخل بها والمتعة إن طلقها قبل الدخول بها . وقال زفر : لها مهر المثل في الحربين أيضا . له أن الشرع ما شرع ابتغاء النكاح إلا بالمال ، وهذا الشرع وقع عاما فيثبت الحكم على العموم . ولهما أن أهل الحرب غير ملتزمين أحكام الإسلام وولاية الإلزام ومنقطعة لتباين الدار ، بخلاف أهل الذمة لأنهم التزموا أحكاما فيما يرجع إلى المعاملات كالربا والزنا ، وولاية الإلزام متحققة لاتحاد الدار . ولأبي حنيفة أن أهل الذمة لا يلتزمون أحكاما في الديانات وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات ، وولاية الإلزام بالسيف وبالحاجة وكل ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة ، فإننا أمرنا بأن نتركهم وما يدينون فصاروا كأهل الحرب ،

اتفقوا على عدم المهر وهم يدينونه ، وهذا لأنهم لا يتمولون الميتة حتف أنفها بخلاف الموقودة ، وكذا في الحربين (هذا مذهب أبي حنيفة وبه قالا في الحربين) أي لو أسلما أو ترفعوا (أما في الذمة فلها عندهما مهر مثلها إن دخل بها أو مات أحدهما والمتعة إن طلقها قبل الدخول) لوقوعه في نكاح لا تسمية فيه ، وبهذا قال زفر في الحربين أيضا لأن الشرع لم يشرع ابتغاء النكاح إلا بالمال ، وهذا الشرع وقع عاما فيتناول الكفار بناء على أنهم مخاطبون بالمعاملات والنكاح منها ، غير أنه يصير عبادة بالنية والكافر ليس من أهلها فتمحض معامله في حقه (ولهما أن أهل الحرب غير ملتزمين الأحكام) وليس لنا عليهم ولاية الإلزام للتباين ، بخلاف أهل الذمة فإنهم التزموا في المعاملات ، وولاية الإلزام ثابتة فنعززه إذا زنى وتناه عن الربا ونحكم بفساده والنكاح منها ، ولذا تجرى عليهم أحكامهم من لزوم النفقة والعدة وثبوت النسب والتوارث به وثبوت خيار البلوغ وحرمة المطلقة ثلاثا ونكاح المحارم . وقد يقال من طرف زفر عدم التزامهم وقصور الولاية منا عنهم لا يني تحق الوجوب عليهم لعموم الخطأ ، حتى إذا ترفعوا إلينا نقضى عليهما بما لزمهما حال كونهما حربا وأنا إنما أخرنا الوجوب ليظهر عند إمكان إلزامهم أثره (قوله ولأبي حنيفة) حاصله منع المقدمة القائلة لأنهم التزموا أحكاما في المعاملات بل ليسوا ملتزمين

بغير مهر في دينهم (جائر) والواو للحال (فليس لها مهر) وإن أسلما (وكذلك الحريان في دار الحرب وهذا) أي عدم وجوب المهر في الذميين والحربين (عند أبي حنيفة) وواقفاه في الحربين . وأما في الذمة ، فإن دخل بها أو مات عنها فلها مهر المثل ، وإن طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وخالفه زفر في الحربين أيضا ، وقال (الشرع ما شرع ابتغاء النكاح إلا بالمال) لقوله تعالى - أن تبغوا بأموالكم - (وهذا الشرع وقع عاما) لأن النكاح من باب المعاملات والكفار مخاطبون بالمعاملات فيثبت الحكم على العموم (وحاصل كلامه المشروع في باب النكاح الابتغاء بالمال على العموم ، وكل ما كان كذلك يثبت حكمه على العموم ، وقال : أهل الحرب لم يلتزموا أحكام الإسلام وهو ظاهر ، ولا يكون الحكم عليهم إلا بالإلزام ولا إلزام إلا بالولاية ، وقد انقطع الولاية بتباين الدارين) بخلاف أهل الذمة لأنهم التزموا أحكاما فيما يرجع إلى المعاملات (لأن الإلزام بعقد الذمة وقد وجد منهم فكان كالزنا والربا فإنهم يهون عن ذلك ويقام عليهم الحد ، ولئن سلمنا أنهم لم يلتزموا لكن ولاية الإلزام متحققة لاتحاد الدار (ولأبي حنيفة أن أهل الذمة لا يلتزمون أحكاما) في الديانات كالصوم والصلاة (وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات) أيضا كبيع الخمر والخزير (وولاية الإلزام بالسيف والحاجة) وليست بوجوده لانقطاعها عنهم بعقد الذمة (فإننا أمرنا بأن نتركهم وما يدينون فصاروا كأهل الحرب) في عدم الإلزام

ويجوز أن يجعل قوله بغير مهر متناولا للنكاح بالميتة أيضا .

بخلاف الزنا لأنه حرام في الأديان كلها ، والربا مستثنى عن عقودهم لقوله عليه الصلاة والسلام « ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد » وقوله في الكتاب أو على غير مهر يحتمل نفي المهر ويحتمل السكوت . وقد قيل : في الميتة والسكوت روايتان :

بعقد الزمة ما يعتقدون خلافه منها إلا ما شرط عليهم ولذا لا تمنعهم من بيع الخمر والخنزير ونكاح المحارم ، كما في بعض كتب الفقه ، وفي بعضها ما ذكرناه من حرمة المحارم عليهم ولا تنافي ، فحمل أحدهما من تدين بجرمتين وحمل الآخر من لا يتدين بجرمتين كالمجوس فلم يلتزموا ولم نؤمر بإلزامهم بل نتركهم وما يدينون فصار أهل الزمة أولى من أهل الحرب بذلك لأن المانع فيهم المنعة الحسية وأمرنا بهدما ، والمانع في أهل الزمة المنعة الشرعية وأمرنا بتقريبها . بخلاف الربا لأنه مستثنى من عقودهم . قال صلى الله عليه وسلم « ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد » روى معناه القاسم بن سلام بسنده في كتاب الأموال عن أبي المليح الهذلي « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صالح أهل نجران فكتب لهم كتابا وساقه ، وفيه : ولا تأكلوا الربا فن أكل منهم الربا فذهبت منهم بريئة » وفي مصنف ابن أبي شيبة بسنده إلى الشعبي « كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى نجران وهم نصارى أن من باع منكم بالربا فلا زمة له » وهو مرسل وهو حجة عندنا . وإذا منعنا من التعرض لهم فيما يدينون قبل الإسلام إلا المستثنى فبعد الإسلام والمرافعة حال بقاء النكاح والمهر ليس شرطا لبقائه . والذي يقتضيه النظر أن الاستدلال على أن الكفار مخاطبون بالمعاملات إن تم تم المطلوب لزفر هنا لأن الأمر بترك التعرض لهم لذمتهم لا يقتضي سوى أن لا يتعرض لهم ما لم يرضوا بمحكمنا أو يسلموا ، وذلك لا يمنع من قيام لزوم المهر شرعا في ذمتهم . وحالة الإسلام وإن كانت حالة البقاء والمهر ليس شرطا فيها ولا حكما لا يمنع القضاء بالقرار في الزمة أول الوجود لما ارتفع منع الشرع من التعرض لهم (قوله وقد قيل في الميتة والسكوت) عن المهر (روايتان) بخلاف نفيه صريحا ، ففي ظاهر الرواية لما مهر المثل . وذكر الكرخي أنه لا فرق على قياس قول أبي حنيفة بين السكوت والنفي . ووجه ما في المبسوط أن تملك البضع في حقهم كتملك المال في حق المسلمين فلا يجب العوض فيه إلا بالشرط . وجه الظاهر أن النكاح معاوضة ، فما لم ينص على نفي العوض يكون مستحقا لها والميتة كالسكوت لأنها ليست مالا عندهم فذكرها

وانقطاع الولاية . وقوله (بخلاف الزنا) جواب عن قولهما كالزنا والربا . ووجهه أن الزنا حرام في جميع الأديان فلم يكن دينهم حتى يتركوا عليه (والربا مستثنى عن عقودهم لقوله عليه الصلاة والسلام « ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد ») ألا حرف تنبيه لا حرف استثناء كذا السماع والنسخ (وقوله في الكتاب) أى قول محمد في الجامع الصغير (وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان) يعنى عن أبي حنيفة في رواية يجب مهر المثل كما قال ، وفي رواية لا يجب شيء ، وعلى هذه الرواية لا يحتاج إلى فرق ، وأما على الرواية الأخرى وهو رواية الأصل فيحتاج إلى الفرق بين النفي والسكوت وهو أن النكاح معاوضة البضع بالمال ، فالتنصيص عليه بمنزلة اشتراط العرض كالتنصيص على البيع بين المسلمين ، فما لم يوجد التنصيص على نفي العوض يكون العوض مستحقا لها ، وأما

(قوله وهو أن النكاح معاوضة البضع بالمال فالتنصيص عليه) أقول : ضمير عليه راجع إلى النكاح (قوله وأما على الرواية الأخرى وهو رواية الأصل ، إل قوله : كالتنصيص على البيع بين المسلمين فما لم يوجد التنصيص على نفي العوض يكون العوض مستحقا لها) أقول : فإنه إذا باع بلا تسمية ثمن يمتد البيع فاسدا ويملك بالقبض ، وتجب القيمة على ماصر حوا به في فصل أحكام البيع القاسم .

والأصح أن الكل على الخلاف (فإن تزوج الذمي ذمية على خمر أو خنزير ثم أسلم أو أسلم أحدهما فلها الخمر والخنزير) ومعناه إذا كانا بأعيانهما والإسلام قبل القبض ، وإن كانا بغير أعيانهما فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل ، وهذا عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف : لها مهر المثل في الوجهين . وقال محمد : لها القيمة في الوجهين . وجه قولهما أن القبض مؤكد للملك في المقبوض فيكون له شبه بالعقد فيمتنع بسبب الإسلام كالعقد وصار كما إذا كانا

لغو ، وصحح المصنف أن الكل على الخلاف وهو خلاف الظاهر (قوله فإن تزوج ذمي ذمية على خمر أو خنزير بأعيانهما ثم أسلم أو أسلم أحدهما) قبل قبض الصداق المذكور فليس لها إلا الخمر أو الخنزير (وإن كان بغير أعيانها) وأسلم قبله (فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل) وهذا التفصيل مذهب أبي حنيفة (وقال أبو يوسف : لها مهر المثل في الوجهين) وهو قول الأئمة الثلاثة (وقال محمد : لها القيمة في الوجهين) وهو قول أبي يوسف الأول ، ولما اشترك قولهما في عدم إيجاب عين الخمر والخنزير إذا كانا بأعيانهما جمع بينهما في دليله فقال (وجه قولهما أن القبض مؤكد للملك في المقبوض) المعين ، ولهذا لو هلك قبل القبض أو تعيب عينا فاحشا يهلك من مال الزوج حتى يلزمه مثله إن كان مثليا وإلا فقيمته ، وبعد القبض يهلك من مال المرأة ويتنصف قبل القبض بالطلاق قبل الدخول ، وبعد القبض إذا طلقها قبل الدخول لا يتنصف إلا بقضاء أو تراض على ما أسلفناه في باب المهر في عتق الجارية المهر ، وكذا الزوائد تنصف قبل القبض لا بعده على ما قدمنا (فيكون له شبهة بالعقد) لثبوت أثر كل منهما في الملك فيمتنع القبض بالإسلام كما يمتنع ابتداء التملك بالعقد إلحاقا لشبهة العقد بحقيقته

الميتة فإنها ليست بمتقومة عند أحد فكان الزوج عليها كالنفي وهو مختار فخر الإسلام من الروايتين . ووجه الرواية الأخرى أن أحدا لما لم يتدين بتقومها لم تدخل تحت قوله عليه الصلاة والسلام « اتركوهم وما يدينون » فيجب حكم الشرع (والأصح أن الكل على الخلاف) عنده لا يجب شيء ، وعندهما يجب مهر المثل . وقوله (فإن تزوج الذمي ذمية) ظاهر . وقوله (وهذا كله) أي كل ما ذكر وهو ما كانا معينين أو غير معينين (عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف : لها مهر المثل في الوجهين) أي في المعين وغير المعين (وقال محمد : لها القيمة في الوجهين . وجه قولهما) إنما جمع بين قولهما وإن كانا مختلفين فيما بينهما حيث قال أبو يوسف فيهما بمهر المثل . وقال محمد : فيهما بالقيمة ومهر المثل غير قيمة الخمر والخنزير لأنهما يتفقان في أن لا يوجبا عين الخمر والخنزير (أن القبض مؤكد للملك في المقبوض) ولهذا ينصف الصداق بالطلاق قبل الدخول إذا لم يكن مقبوضا ، وبعد القبض لا يعود إلى ملك الزوج شيء إلا بالرضا أو القضاء ، وإذا مرّ يوم الفطر والصداق عبد غير مقبوض ثم طلقها قبل الدخول بها لا تجب صدقة الفطر عليها ، بخلاف ما بعد القبض ، ولا تجب الزكاة عليها عند أبي حنيفة في المهر قبل القبض بخلاف ما بعده ، والمؤكد للملك شبهة بالعقد لإفادته ما لم يكن (فيمتنع) القبض (بسبب الإسلام) كما لو كان ابتداء التملك بالعقد بعد الإسلام إلحاقا لشبهة العقد بحقيقته في المحرمات (وصار كما إذا كانا

(قوله وجه قولهما) أقول : مبتدأ وخبره يحى بعد أسطر وهو قوله أن القبض مؤكد للملك في المقبوض الخ (قوله لأنهما يتفقان في أن لا يوجبا عين الخمر والخنزير) أقول : فإن قيل فإنهما يتفقان في عدم التفرقة بين الخمر والخنزير أيضا فلم لم يتعرض له ؟ قلنا : لأن دليلهما الاتفاق لا يلزم منه ذلك فتأمل . ثم اعلم أن قوله لأنهما يتفقان الخ تعليل لقوله إنما جمع بين قولهما الخ (قوله إلا بالرضا أو القضاء)

بغير أعيانها. وإذا التحقت حالة القبض بحالة العقد ، فأبو يوسف يقول : لو كانا مسلمين وقت العقد يجب مهر المثل فكذا ههنا ، ومحمد يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم ، إلا أنه امتنع التسليم للإسلام فتجب القيمة ، كما إذا هلك العبد المسمى قبل القبض . ولأبي حنيفة أن الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه ، وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج إلى ضمانها وذلك لا يمتنع بالإسلام كاسترداد الخمر المغصوبة ، وفي غير المعين القبض يوجب ملك العين فيمتنع بالإسلام ، بخلاف المشتري لأن ملك التصرف فيه إنما

في المحرمات وليس يريد كما يمتنع العقد بالإسلام فإن العقد عليهما لا يمتنع بل يصح ويبطل العوض (وإذا التحقت حالة القبض بحالة العقد) فامتنع فقد افترقا (فقال أبو يوسف : لو كانا مسلمين وقت العقد) فعقدا على الخمر والخنزير (يجب مهر المثل) فكذا إذا كانا مسلمين وقت القبض (ومحمد يقول : صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم ثم امتنع التسليم بالإسلام فتجب القيمة كما لو هلك العبد المسمى قبل القبض) تجب القيمة لامتناع إعطاء مثل الخمر (قوله ولأبي حنيفة أن الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه) قبل القبض يبدل وبغير بدل ؛ فتبضه ليس موجبا للملكه ولا للملك التصرف فيه فليس مؤكدا بل ناقلا لجرد الضمان من الزوج إلى المرأة في الهلاك (وذلك) أى انتقال الضمان (لا يمتنع بالإسلام) لأن موجب صورة اليد وصورتها لا يمتنع بالإسلام كالمسلم إذا تخمر عصيره والذي إذا غصب منه الخمر والخنزير ثم أسلم له أن يسترده من الغاصب ، فكذا فيما نحن فيه فيقبض الخمر فيخلله أو يريقه والخنزير فيسيبه ، فإن كان مرادكم من كون القبض مؤكدا غير هذا منعنا كونه مؤكدا ، وإن كان المراد هذا سلمنا كونه مؤكدا ومنعنا منافاة الإسلام إياه . وفي الأسرار : ولئن سلمنا أن القبض مؤكدا للملك فلا نسلم أن الإسلام يمنع تأكيد الملك بدليل أن من باع عبدا بخمر وقبض الخمر فإن الملك فيه واه لجواز أن يهلك العبد عنده قبل التسليم إليه ، وبالتسليم إليه يتقرر الملك ، وهذا التسليم لا يمتنع بالإسلام وإن كان فيه تأكيد الملك في الخمر ، ولو اشترى خمرًا وقبضها وبها عيب ثم أسلم سقط خيار الرد وإن كان في سقوطه تأكيد ملك الخمر ، فعلم أن الإسلام لا يمنع تأكيد الملك (قوله بخلاف المشتري) متصل بقوله يتم بنفس العقد : أى أن الملك

بغير أعيانها) لأن القبض فيه كالقبض فيما إذا كانا بغير أعيانها في إفادة ما لم يكن ، والقبض فيما إذا كانا بغير أعيانها يمنع عن تسليم نفسها ، فكذلك فيما إذا كانا بأعيانها كالعقد (وإذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فأبو يوسف يقول : لو كانا مسلمين وقت العقد وجب مهر المثل فكذلك ههنا) ووجه محمد ظاهر . ووجه قول أبي حنيفة (أن الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه) ولو هلك هلك على ملكها وكل ماتم بنفس العقد لا يحتاج فيه إلى القبض للملك (وبالقبض ينتقل الملك من ضمان الزوج إلى ضمانها وذلك) أى الانتقال (لا يمتنع بالإسلام كاسترداد الخمر المغصوبة) وأما في الصداق الغير المعين فالعقد فيه لا يتم به الملك لأنه يفيد وجوب الدين في ذمته ، والقبض يوجب ملك العين فتمتنع بالإسلام عن تملك الخمر والخنزير . وقوله (بخلاف المشتري) متصل بقوله إن الملك في الصداق المعين الخ : يعنى بخلاف ما إذا باع الذي الخمر أو الخنزير

أقول : يعنى بالقضاء بالإعادة إليه (قال المصنف : فيمتنع بسبب الإسلام كالعقد) أقول : قال ابن الهمام أى كما يمتنع ابتداء التملك بالعقد وليس يريد كما يمتنع العقد بالإسلام ، فإن العقد عليهما لا يمتنع بل يصح ويبطل العوض اهـ . ولعل الأولى أن يقال : أطلق العقد وأراد تسميتها في العقد كما يمتنع تسميتها فيه حيث لا يوجب حكمها ، ووجه الأولوية ظاهر (قوله والقبض فيما إذا كانا بغير أعيانها يمنع عن تسليم نفسها فكذلك الخ)

يستفاد بالقبض . وإذا تعذر القبض في غير المعين لا تجب القيمة في التخزين لأنه من ذوات القيم فيكون أخذ قيمته كأخذ عينه ، ولا كذلك الخمر لأنه من ذوات الأمثال ؛ ألا ترى أنه لو جاء بالقيمة قبل الإسلام تجبر على القبول في التخزين دون الخمر ، ولو طلقها قبل الدخول بها . فمن أوجب مهر المثل أوجب المتعة ، ومن أوجب القيمة أوجب نصفها ، والله أعلم .

في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا نملك التصرف فيه بالبيع وغيره . وبخلاف المشتري لا يتم بنفس العقد ولا يملك التصرف فيه ، والقبض فيه هو المفيد للملك التصرف والإسلام مانع منه . فلذا لو باع الذي الخمر والتخزين أو اشتراها ثم أسلم بنفسه البيع لا امتناع إفادة ملك فيهما مع الإسلام . وخص التصرف في المهر قبل القبض من النهي عن بيع ما لم يقبض بالإجماع . وظن بعض الفضلاء أن قوله في النهاية ولأن ضمان المبيع في يد البائع ضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكه فقبض المشتري ناقل ل ضمان الملك و ضمان المهر في يد الزوج ليس ضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكها يتأني قول الهداية والقبض ينتقل من ضمان الزوج إلى ضمانها وهو غلط . وإنما معناه أن بالهلاك في يد البائع يعود إلى ملكه ، فإذا هلك على ملكه لا يضمن لأحد شيئا بل يسقط الثمن ، وهذا معنى قولهم يهلك المبيع في يد البائع بالثمن . وأما هلاك المهر في يد الزوج فليس هلاك ملكه بل هلاك ملكها في يده فيضمنه بالقيمة كهلاك المغصوب ، ولهذا صرح في النهاية به بعد قوله يهلك على ملكها بأن قال : ولهذا وجب لها القيمة (قوله ولو طلقها قبل الدخول بها) في المعين لها نصفه عند أبي حنيفة ، وفي غير المعين في الخمر لها نصف القيمة ، وفي التخزين المتعة . وعند محمد لها نصف القيمة بكل حال لأنه أوجب القيمة فتتصرف . وعند أبي يوسف وهو الموجب لمهر المثل لها المتعة لأن مهر المثل لا يتنصف ، والله أعلم .

أو اشترى ثم أسلم قبل القبض فإنه لا يجوز له القبض بل يفسخ العقد لأن المبيع يستفاد ملك التصرف فيه بعد القبض لا قبله والإسلام مانع منه . وقوله (وإذا تعذر القبض في غير المعين) ظاهر . وقوله (ولو طلقها الخ) يعني قول أبي حنيفة في المعين لها نصف العين وفي غير المعين في الخمر لها نصف القيمة وفي التخزين لها المتعة لأن مهر المثل لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول بل في كل موضع كان الواجب مهر المثل قبل الطلاق فالواجب المتعة بعد الطلاق . وعند أبي يوسف لها المتعة على كل حال ، وعند محمد لها بعد الطلاق نصف القيمة على كل حال .

أقول : لا يخفى عليك ما في هذه العبارة ، وكان الأول أن يقول : والقبض فيما إذا كانا بأعيانها متنع فكذلك الخ (قوله ثم أسلم قبل القبض) أقول : يعني أسلم البائع أو المشتري (قوله فإنه لا يجوز له القبض الخ) أقول : لا يترتب لقبض المشتري حكه وهو الملك ، فإنه إن كان الذي أسلم هو البائع يلزم من رتبته عليه تملك الخمر والإسلام مانع وإن كان المشتري يلزم تملكه (قال المصنف : فيكون أخذ قيمته كأخذ عينه) أقول : قال الزيلعي : قال في النهاية : يرد عليه ما لو اشترى ذي دارا من ذي بخر أو خنزير وشفيها سلم بأخذها بالشفعة بقيمة الخمر والتخزين فلم يجعل قيمة التخزين كميته ولم يجب ثمنه بشيء ، والجواب أن قيمة التخزين إنما تكون كميته أن لو كان بدلا عن التخزين كما في مسألة النكاح ، أما إذا كان بدلا عن غيره فلا . وفي مسألة الشفعة قيمة التخزين بدل عن الدار المشفوعة ، وإنما صير إليها للتقدير بها لا غير فلا يكون لها حكم عينه اه . ولك أن تقول كذلك فيما نحن فيه بدل عن منافع البضع ، وإنما صير إليها للتقدير بها فليأمل . فجوابه يظهر من تقرير قاضيخان في شرح الجامع الصغير (قال المصنف : ولا كذلك الخمر لأنه من ذوات الأمثال) أقول : قال الإقناني : ذكر التفسير الراجح إلى الخمر على تأويل الشراب اه . وفي القاموس : الخمر ما أسكر من عصير العنب أو عام كالخمر : قد يذكر .

(باب نكاح الرقيق)

(لا يجوز نكاح العبد والأمة إلا بإذن مولاهما) وقال مالك : يجوز للعبد لأنه يملك الطلاق فيملك النكاح . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر » ولأن في تنفيذ نكاحهما تعيينهما إذ النكاح عيب فيهما

(باب نكاح الرقيق)

الرقيق : العبد ، ويقال للعبيد .

لما فرغ من نكاح الأحرار المسلمين شرع في بيان نكاح الأرقاء والإسلام فيهم غالب ، فلذا قدم باب نكاح المسلمين ثم أولاه نكاح الأرقاء ثم أولاه نكاح أهل الشرك . وأما ماتقدم من فصل النصرائي فإنما هو في المهر من توابع مهوور المسلمين والمهر من توابع النكاح فأردفه تنمة له (قوله لا يجوز نكاح العبد إلا بإذن سيده) أي لا ينفذ فإنه ينعقد موقوفا عندنا وعند مالك ورواية عن أحمد ، وما نسبته إلى مالك في الكتاب وليس مذهبه . وحاصل تقرير وجهه المذكور ملازمة بين المملكين شرعا فقد تبين بأن من ملك رفع شيء ملك وضعه وتمنع بملك رفع الضرر عن النفس ولا يملك إثباته شرعا على نفسه ولذا ملك التطيب ولم يملك أكل السم وإدخال المؤذي على البدن . والأوجه بيانها بأن ملكه الطلاق لأنه من خواص الآدمية فكذا النكاح . ويحاج بما سنذكره والحديث الذي ذكره وهو قوله صلى الله عليه وسلم « أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر » رواه أبو داود والترمذي من حديث جابر وقال : حديث حسن . والعاهر الزاني . وفي الحديث أيضا في السنن عن ابن عمر عنه صلى الله عليه وسلم قال « إذا نكح العبد بغير إذن مولاه فنكاحه باطل » (ولأن في تنفيذ نكاحهما تعيينهما) أما في العبد فتشتغل مالهته بالمهر والنفقة ، وأما في الأمة فلحرمه الاستمتاع بها عليه بالنكاح ، وهذا تصرف في ماله بالإفساد فلا ينفذ إلا برضاه . وبهذا يحاج عن المنسوب إلى مالك من قوله يملك الطلاق فيملك النكاح ، فالطلاق إزالة عيب عن نفسه ، بخلاف النكاح . لا يقال : يصح الإقرار من العبد على نفسه بالحد والقصاص مع

(باب نكاح الرقيق)

لما فرغ من بيان نكاح من له أهلية النكاح من غير توقف من المسلمين وغيرهم شرع في بيان نكاح من ليس له ذلك وهو الرقيق ، والرقيق المملوك يطلق على الواحد والجمع (لا يجوز نكاح العبد والأمة إلا بإذن مولاهما) أما الأمة فظاهر لأن منافع بضعها ملك المولى فلا يصح العقد عليها بدون إذنه ، وأما العبد ففيه خلاف مالك فإنه يجوز نكاحه بدون إذنه لأنه يملك الطلاق وهو ظاهر ، وكل من يملك الطلاق يملك النكاح لأن الطلاق بسبب النكاح . ومن ملك شيئا ملك سببه الموصول إليه (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر ») رواه أبو داود وأخرجه الترمذي وقال : هذا حديث حسن ولأن في تنفيذ نكاحهما تعيينهما إذ النكاح عيب فيهما) ولهذا إذا اشترى عبدا أو أمة فظهر مزوجا جاز له أن يردّه وليس لهما تعيب أنفسهما رعاية لحق المولى

(باب نكاح الرقيق)

(قوله لما فرغ من بيان نكاح من له أهلية النكاح ، إل قوله : وغيرهم النكاح) أقول : فيه أن نكاح غيرهم سيجيء في باب حل حلة ، يذكّر فيل هذا عما يتعلق بمهر الكفار . كان على سبيل الاستطراد (قوله أما الأمة فظاهر لأن منافع بضعها ملك المولى النكاح) أقول : قد سبق

- ٤٤١ -

فلا يملكه بدون إذن مولاهما (وكذا المكاتب) لأن الكتابة أوجبت فك الحجر في حق الكسب في حق النكاح على حكم الرق. ولهذا لا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج أمته لأنه من باب الاكتساب، وكذا المكاتب لا يملك تزويج نفسها بدون إذن المولى وتملك تزويج أمتها لما بينا (و) كذا (المدير، وأم الولد) لأن الملك فيهما قائم،

أن فيه إهلاكه فضلا عن تعييبه. لأننا نقول: هو لا يدخل تحت ملكه فيما يتعلق به خطاب الشرع أمرا ونهيا كالصلاة والغسل والصوم والزنا والشرب وغيرها إلا فيما علم إسقاط الشارع إياه عنه كالجمعة والحج. ثم هذه الأحكام تجب جزاء على ارتكاب المحظور شرعا فقد أخرجه عن ملكه في ذلك الذي أدخله فيه باعتبار غير ذلك وهو الشارع زجرا عن الفساد وأعظم العيوب (وكذا المكاتب) ليس له أن يتزوج إلا بإذن المولى (لأن الكتابة) إنما (أوجبت فك الحجر) في التصرف الاكتسابي فيبقى فيما سواه على حكم الرق (ولا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج أمته لأنه من باب الاكتساب) بتحصيل المهر والنفقة للمولى والولد العبد ولكونه من باب الاكتساب ملك الأب والجد والقاضي والوصي والشريك المفاوض تزويج الأمة لا العبد لأنه تنقيص للمالية، وأما شريك العنان والمضارب والعبد المأذون فليس لهم تزويج الأمة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف رحمه الله: يملكون، وإنما لم يحز تزويج المكاتب نفسها لما نذكره (قوله) وكذا المكاتب لا يملك تزويج نفسها بغير إذن المولى وتملك تزويج أمتها لما بينا) من بقاء ذات المكاتب على الرد والاكتساب الذي أوجبت الكتابة إطلاقه له ما لا يوجب خلافا في ذاته المملوكة، والاكتساب بالنكاح إنما يكون بتمليك جزء منها لغير السيد، إذ بدل منفعة البضع في حكم بدل جزء من العين كالأرض، ولأن هذه المنفعة لا يزول ملكها بعد صحته إلا باختيار الزوج والكتابة ليست على يقين من استمرار فك الحجر فيها وإفضائها إلى زوال ملك الرقبة لجواز التعجير والرد إلى الرق فرد مملوكة البضع للغير ممتنع على السيد ولم يشرع عقد الكتابة على وجه يعود ضرره على السيد (قوله وكذا المدير) والمديرة لا ينفذ نكاحهما إلا بإذن المولى، وكذا ابن أم الولد: يعني لو زوج أم ولده فجاءت بولد من الزوج فإن حكمه حكم أمه فالرق فيه قائم فلا يملك تزويج نفسه، وأما معتق البعوض فلا يجوز نكاحه عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه كالمكاتب، وعندهما يجوز لأنه حر مديون.

[فرع مهم للتجار] ربما يدفع لعبده جارية يتسرى بها ولا يجوز للعبد أن يتسرى أصلا أذن له مولاه أو لم يأذن، لأن حل الوطء لا يثبت شرعا إلا بملك المدين أو عقد النكاح وليس للعبد ملك يمين فانهصر حل وطئه في عقد النكاح

(فلا يملكه بدون إذنه) وفي هذا التعليل جواب لما لك، فإن الطلاق إزالة العيب، ولا يلزم من جواز إزالة العيب جواز تعييبهما أنفسهما. واستشكل بجواز إقراره بالحدود والقصاص، فإن وجوب قطع اليد في السرقة ووجوب القصاص عيب فيهما على قولهما، وأما على قول أبي حنيفة فيمنزلة الاستحقاق وهو أيضا أقوى العيوب فكيف جاز ذلك؟ وأجيب بأن الرقيق في حقوق الله باق على حرته والرق لا يؤثر فيها، فإن لزم من ذلك تعييب فهو ضمني لا معتبر به وموضعه الأصول. وقوله (وكذا المكاتب) ظاهر. وقوله (لما بينا) يعني قوله

من الشارح في باب المحرمات أن السيدة تملك منافع بضع عبدها فوجه الاقتصاد على الأمة هنا (قوله) وأما على قول أبي حنيفة فيمنزلة الاستحقاق هو أيضا أقوى العيوب الخ) أقول: تفصيله في باب خيار العيب

(وإذا تزوج العبد بإذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه) لأن هذا دين وجب في رقة العبد لوجود سببه من أهله وقد ظهر في حق المولى لصدور الإذن من جهته فيتعلق برقبته دفعا للمضرة عن أصحاب الديون كما في دين التجارة (والمدير والمكاتب يسعيان في المهر ولا يباعان فيه) لأنهما لا يمتثلان النقل من ملك إلى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيؤدى من كسبهما لامن نفسيهما (وإذا تزوج العبد بغير إذن مولاه فقال المولى طلقها أو فارقها فليس هنا بإجازة) لأنه يحتمل الرد لأن رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة

(قوله وإذا تزوج العبد بإذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه) بخلاف ما إذا تزوج بغير إذنه فدخل بها . ثم فرق بينهما فإنه لامهر عليه حتى يعتق لأنه لم يظهر في حق المولى لعدم الإذن فيه . وقوله يباع فيه : إن لم يفسده المولى . وتقريره أنه دين وجب في رقبته وكل دين كذلك يباع فيه . أما وجوبه فالمقتضى وهو وجود السبب من أهله وانتفاء المانع وهو حق المولى للإذن . وأما كونه في رقبته فلاذن السيد ولدفع المضرة عن أرباب الديون : يعنى النساء فيباع فيه كما يباع في ديون التجارة . والحاصل أن الدين إنما يثبت في الذمة وثبوته فيها لا يتوقف على إذنه . فإنه لو باشر إتلافا ونحوه ترتب في ذمته فحين أذن ظهر الدين في حقه ثم العبد نفسه مال فكان لم أن يقتضوا من نفسه فعلى هذا يكون الإذن دفع المانع من الاقتضاء من نفس العبد ، غير أنه إن فداه المولى حصل المقصود والمقتضى لذلك دفع المضرة عن أرباب الديون . وإذا بيع فلم يف ثمنه بالمهر لا يباع ثانيا ويطالب بالباقي بعد العتق : وفي دين النفقة يباع مرة بعد أخرى لأنها تجب شيئا فشيئا . وإذا مات العبد سقط المهر والنفقة ، ذكره الترتاشي . وإذا زوج عبده من أمته لا يجب عليه مهر لها ولا للسيد ، ومنهم من قال يجب ثم يسقط لأن وجوبه لحق الشرع . والأولون يقولون : لا فائدة لهذا الوجوب لأنه لو وجب لوجب في ماليته وهى للمولى (قوله والمدير والمكاتب يسعيان) إذا أذن لهما المولى فتزوجا ثم امتنع عن الأداء عنهما يسعيان (لأنهما لا يمتثلان النقل من ملك إلى ملك) وكذا معتق البعض وابن أم الولد فيؤدى من كسبهما لا من نفسيهما إلا إن عجز المكاتب فرد في الرق فإنه حينئذ يباع في المهر (قوله وإذا تزوج العبد بغير إذن مولاه فقال له طلقها أو فارقها فليس ذلك بإجازة) تزويج العبد نفسه بلا إذن عقد فضولى في الجملة فيتوقف نقاذه على إذن المولى ، وإذنه يثبت تارة صريحا

لأنه من باب الاكتساب . وقوله (فالمهر دين في رقبته يباع فيه) لما عرف في الأصول أن ذمته قد ضعفت بالرق فيضم إليها مالية الرقة . واستدل المصنف بقوله (لأن هذا دين وجب في رقبته) وهو دليل قوله يباع فيه دون ما قبله لئلا يلزم المصادرة على المطلوب . وتقريره : هذا دين وجب في الرقة ، وكل دين وجب في الرقة تباع الرقة فيه . أما أنه وجب فلتحقق المقتضى وهو وجود السبب من أهله وانتفاء المانع وهو حق المولى لصدور الإذن من جهته ، وأما أنه وجب في الرقة فلدفعة المضرة عن أصحاب الديون كما في دين التجارة فتباع الرقة في المهر كما تباع فيه . وقوله (دفعا للمضرة عن أصحاب الديون) يعنى النساء . وقوله (فليس هذا بإجازة ، لأنه) أى قوله طلقها أو فارقها (يحتمل الرد لأن رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة) ألا ترى أنه لو قال في النكاح الفاسد طلقك

له وهو دليل قوله يباع فيه دون ما قبله لئلا يلزم المصادرة على المطلوب إلى آخر قوله : وتقريره (أقول : لا يخفى عليك أن قوله فليعتقته في معرض النتيجة يأتي عما ذكره كل الإباء ولا يصلح ما ذكره ، والأولى أن يقال : أراد بالرقبة ذمة العبد مجازا فلا يلزم المصادرة يستقيم الكلام ، وسيجىء من الشارح تفسير الذمة بالرقبة في باب نكاح أهل الشرك .

وهو أليق بحال العبد المتمرد أو هو أدنى فكان الحمل عليه أولى (وإن قال : طلقها تطليقة تملك الرجعة فهو إجازة) لأن الطلاق الرجعي لا يكون إلا في نكاح صحيح فتعين الإجازة

وطورا دلالة ، فالصريح مثل أن يقول رضية أو أجزت أو أذنت ، والدلالة أن يسوق إليها المهر أو بعضه ، وسكوته لا يكون إجازة وثم ألفاظ تختلف فيها وألفاظ لم يختلف في عدم اعتبارها ؛ فقل قوله هذا حسن أو صواب أو نعم ما صنعت أو بارك الله لك فيها أو أحسنت أو أصبت أو لا بأس بها اختلف فيها . قال الفقيه أبو القاسم : ليس شيء منها إجازة . واختيار الفقيه أبي الليث وبه كان يفتي الصدر الشهيد أنه إجازة مالم يعلم أنه قاله استهزاء . إذا عرف هذا فمسئلة الكتاب وهو ما إذا قال طلقها لا شك أن مقتضى حقيقة اللفظ فيها الإجازة لأن الطلاق الصحيح فرع وجود النكاح الصحيح ، لكن قد صرف عن مقتضاه بالنظر إلى حال العبد . وذلك أن افتيات العبد على سيده تمرد بمباشرة سبب تعيينه عليه يستوجب به زجره وبه فارق الفضولي المحض فإنه معين والإعانة تنهض سببا لإمضاء تصرفه وعدم إلغائه ، ولذا لو قال للفضولي طلقها كان إجازة على ما هو الوجه ، وإن قلنا أول المسئلة في العبد أنه فضولي في الجملة ، وإذا كان حال العبد ذلك فإذا كان لفظ السيد له عند علمه بما صنع يحتمل الرد والإجازة لاستعماله فيهما كان بملاحظة حال العبد ظاهرا في قصد الرد مالم يعلم قصد الإجازة لظاهر يقرن به أو نص آخر مثل أن يقول طلقها تطليقة تملك عليها الرجعة أو أوقع عليها الطلاق لأن الإيقاع والطلاق الذي يملك الرجعة بعده لا يقالان للمتاركة ولا في قصد الاستهزاء فيفيد قصد حقيقته ، بخلاف قوله طلقها فإنه لا يقال للمتاركة العقد الفاسد طلاق مجازا فصلحت هذه المسئلة متمسكا لأبي القاسم ومن قال بقوله . والجواب أن لفظ الطلاق المجرد يستعمل كثيرا في المتاركة في العقد الفاسد فكان ذكره ذكر لفظ مشترك من حيث الاستعمال بين الإجازة والرد ، بخلاف ما تقدم من نحو أحسنت الخ فإنه لم يستعمل للأمريين على السواء بل الظاهر منه الإجازة وحمله على الرد لا يتحقق إلا بواسطة جعله استهزاء ، وهو وإن كان النظر إلى حال العبد لا ينافيه لكن ظاهر حال العاقل المسلم بنفيه لأن حقيقته فعل الجاهلين ، ولذا قال موسى عليه السلام في جواب قولهم - أتخذنا هزوا - أعوذ بالله أن أكون من الجاهلين - فتعارض الظاهران وبقي نفس اللفظ بمفهومه يفيد الإجازة بلامعارض ، بخلاف مسئلة الكتاب فإن نفس اللفظ يقال للرد كما يقال لحقيقة الطلاق المستعقب لصحة النكاح ، ولذا لم يستعمل المقيد : أعني قوله طلقها تطليقة تملك الرجعة عليها أو أوقع عليها الطلاق في المتاركة جعل إجازة فوجب ترجيح قول الفقيه ومن معه مالم يعلم قصد الاستهزاء ، لكن المصنف لما لم يوجهه إلا بأن الطلاق الرجعي لا يكون إلا في نكاح صحيح أفاد أنه يثبت اقتضاء فورده عليه طلب الفرق بينه وبين ماله قال لعبد كافر عن يمينك بالمال أو تزوج

كان متاركة ، وإذا احتمل الأمريين رجحنا جهة المتاركة لأنه أليق بحال العبد المتمرد . وقوله (أو هو) أي الرد (أدنى) لأنه دفع والطلاق رفع ، والدفع أسهل من الرفع (فكان الحمل عليه أولى) . فإن قيل : قوله طلقها حقيقة في إيقاع الطلاق المعروف ومجاز في المتاركة والعمل بالحقيقة ممكن فكيف صير إلى المجاز . أجيب بأن الحقيقة قد ترك بدلالة الحال وهذا كذلك وهي الافتيات على رأى المولى (وإن قال طلقها تطليقة) رجعية أو تطليقة (تملك الرجعة فهذا إجازة لأن الطلاق الرجعي لا يكون إلا في نكاح صحيح فتعين الإجازة) فإن قيل : إذا قال المولى لعبد كافر يمينك بالمال أو تزوج أربعاً من النساء لا يثبت به العتق وإن كان التكفير بالمال وتزوج الأربع من النساء لا يكون إلا بعد الحرية . أجيب بأن ما كان أصلا في إثبات الأهلية للتصرفات الشرعية لا يثبت اقتضاء

(ومن قال لعبده تزوج هذه الأمة فتزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها فإنه يباع في المهر عند أبي حنيفة ، وقالوا :
يوخذ منه إذا عتق) وأصله أن الإذن بالنكاح ينتظم الفاسد والباطل عنده ، فيكون هذا المهر ظاهرا في حق المولى

أربعا لا يعتق مع أن كلا منهما لا يكون إلا بعد الحرية . وأجيب بأن إثبات الشرائط التي هي أصول لا تكون بطريق
الاقتضاء كالحرية والأهلية للمتحقق بالرق وليس مانحن فيه كذلك لأن النكاح ثابت للعبد بطريق الأصالة لثبوته
تبعا للأمية والعقل ، وإنما توقف لاستلزامه تغييب مال الغير ، فقلوله طلقها رجعا يتضمن رفع المانع اقتضاء
لا إثبات ملك النكاح بطريق الأصالة ، والمملوكية شرط العتق . وقوله أعتق عبدك عنى بألف يثبت به تحويل
المملوكية إليه لا أصلها في العبد ، ومملوكيته في العبد أمر زائد على مملوكيته . وعلى تقريرنا لا يحتاج إلى تكلف هذا
السؤال وجوابه . ولو أذن له السيد بعد ما تزوج لا يكون إجازة ، فإن أجاز العبد ماصنع جاز استحسانا كالفضولي
إذا وكل فأجاز ماصنعه قبل الوكالة وكالعبد إذا زوجه فضولي فأذن له مولاه في الزواج فأجاز ماصنعه الفضولي .
ولو باع السيد العبد بعد أن باشر بلا إذن فالمشترى الإجازة . وقال زفر : يبطل ، وكذا لو مات السيد فورث
العبد توقف على إجازة الوارث ، أما إذا كانت أمة فتزوجت بلا إذن ثم مات المولى فورثها من يحل له وطؤها
بطل لطريان الحل النافذ على الموقوف ، وإن ورثها من لا يحل له وطؤها كأن ورثها جماعة أو امرأة أو ابن المولى
وقد كان الأب وطئها توقف على إجازة الوارث . وعلى هذا قالوا في أمة تزوجت بغير إذن مولاه فوطئها الزوج
فباعها المولى للمشتري الإجازة لأنه لا يحل له وطؤها لأن وطء الزوج يحرمها لأنها صارت معتدة ، فإذا حاضت
بطل العقد لحلها للمشتري ، ولو كان الزوج لم يطأها بطل العقد بمجرد الشراء لطريان الحل البات على الموقوف .
وقال زفر : يبطل بالموت وبالبيع . وأصله أن الموقوف على إجازة لإنسان يحتمل الإجازة من غيره ، وعنده لا
لأنه إنما كان موقوفا على الأول فلا يفيد من الثاني . قلنا : إنما يتوقف على الأول لأن الملك له لا لأنه هو والثاني مثله
في ذلك ، فالحاصل أنه دائر مع الملك فينتقل بانتقاله (قوله تزوج هذه الأمة) التقييد بالأمة والإشارة اتفاق ،
فإن الحكم المذكور جار في الحرية وغير المعينة (قوله وأصله) أى أصل الخلاف الاختلاف في أن الإذن للعبد
بالنكاح ينتظم الصحيح والكاسد عنده ، وعندهما يخص الصحيح والاتفاق على أن الإذن بالبيع يعم الصحيح
والفاسد ، وعلى أن التوكيل بالنكاح يخص بالصحيح فألحقاه بالتوكيل بالنكاح لأن علة الأصل تحصيل المقاصد
في المستقبل من الإعفاف وغيره وذلك بالصحيح ، ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف إلى الجائز فلا يحث
بالفاسد لأن المراد في المستقبل الحلف على الإعفاف وذلك بالصحيح ، بخلاف ماله حلف ما تزوجت حيث يحث
بالفاسد لأن المراد في الماضي العقد ، وألحقه بالبيع بجامع أن بعض المقاصد حاصل من ثبوت النسب والعدة
والنفقة ، وذلك يكفي لتصحيح التعميم وإجراء اللفظ على إطلاقه ، فينبى على هذا أنه يباع في المهر في الفاسد إذا دخل

كالإيمان في خطاب الكفار بالشرائع . كما عرف في الأصول وفي إثبات الاعتاق ذلك ، بخلاف مانحن فيه فإن
النكاح ليس بأصل في إثبات الأهلية له . وقوله (ومن قال لعبده تزوج هذه الأمة) صورة المسئلة والأصل
المذكور ظاهرا ، وتقييده بالإشارة والأمة اتفاق . فإن الحكم في غير المعينة وفي غير الإماء كذلك ، وينبى
على هذا الأصل المذكور حكمان : أحدهما ما ذكره أنه يباع في المهر عنده ولا يباع عندهما . والثاني أنه إذا تزوجها
بوصف الصحة بعد ذلك لا يصح عند أبي حنيفة لانهاء الإذن بالعقد الأول ، ويصح عندهما . ووجهه من الجائز
على الوجه المذكور في الكتاب ظاهر . وإنما قيد بالمستقبل : لأنه لو حلف ما تزوج امرأة في الماضي وكان تزوج

وعندهما ينصرف إلى الجائر لا غير فلا يكون ظاهرا في حق المولى فيؤاخذ به بعد العتاق. لهما أن المقصود من النكاح في المستقبل الإعفاف والتحسين وذلك بالجائر ، ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف إلى الجائر . بخلاف البيع لأن بعض المقاصد حاصل وهو ملك التصرفات . وله أن اللفظ مطلق فيجوز على إطلاقه كما في البيع . وبعض المقاصد في النكاح الفاسد حاصل كالنسيب ، ووجوب المهر والعدة على اعتبار وجود الوطء . ومسئلة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة (ومن زوج عبدا مأذونا له مديونا امرأة جاز ، والمرأة أسوة للغرماء في مهرها) ومعتاد إذا كان النكاح بمهر المثل . ووجهه أن سبب ولاية المولى ملكه الرقبة على ما ذكره ، والنكاح لا يلاقى حتى الغرماء

بها فيه عنده ، وعندهما لا ، وأنه لا يجوز له تزوج أخرى بعقد صحيح عنده لانتهاء الإذن بالفاسد وعندهما له ذلك لأن الإذن لم ينته به (قوله ومسئلة اليمين على هذه الطريقة) أى طريقة إجراء اللفظ على عمومها (ممنوعة) والطريقة الأخرى أن العبد في النكاح مبقى على الحرية لأنه من خواص الآدمية ، والحاجة إلى إذن السيد ليثبت المهر في رقبة ليس غير ، فكأنه قال له إذ قال تزوج اشغل رقبتك بمهر ، وهذا يتحقق بمهر مثل في نكاح فاسد وبغيره ، وليست هذه الطريقة صحيحة لما سيذكر من ملك السيد إنكاحه وعدم ملكه طلاقه واستقلال العبد بملكه لدفع الضرر عن نفسه لأنه قد يعجز عن الإمساك بالمعروف لتباين الأخلاق وغير ذلك ، فالمعول عليه طريقة الإطلاق . ويجاب عن مسئلة اليمين بأن الإيمان مبنية على العرف ، والعرف فيه الحلف على التزويج الذى هو طريق الإعفاف والتحسين وهو الصحيح : لا الإعفاف بالفعل فبطل ما يقال الإعفاف باطنى لا يوقف عليه فلا يلزم الصحيح ليظهر كون الحلف عليه ، والله أعلم .

[فروع] الأول : تزوج العبد بلا إذن فطلقها ثلاثا ثم أذن له السيد فجدد عليها جاز بلا كراهة عند أبي حنيفة ومحمد ، ومع الكراهة عند أبي يوسف . الثاني : زوج بنته من مكاتبه ثم مات الأب لا يفسد النكاح عندنا إلا إن عجز ورد في الرق . وعند الشافعى يفسد للحال لملك زوجته شيئا منه ولذا يح إعتاقها إياه وبدل الكتابة لها . وقلنا : لم تملكه لأن المكاتب لا يحتل النقل من ملك إلى ملك مالم يعجز ، وعند ذلك قلنا بفساد النكاح ، وإنما ملكت ما في ذمته من بدل الكتابة ، وأما العتق فيه يبرأ عن بدل الكتابة أولا ثم يعتق . الثالث : إذا غر عبد بحرية أمة فتزوجها على أنها حرة فولدت فالولد عبد عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وعند محمد حر بالقيمة كالغرور الحر (قوله ومن زوج عبدا مأذونا له مديونا امرأة جاز والمرأة أسوة للغرماء) إذا كان النكاح بمهر المثل

صحيحا أو فاسدا حنث في يمينه ، كذا في المبسوط . وقوله (كما في البيع) يعنى أنه إذا أمره بالبيع مطلقا يتناول الجائر والفاسد . وقوله (على هذه الطريقة) يريد طريقة إجراء اللفظ المطلق على إطلاقه ، ولئن كان قول الكل فالعذر لأبي حنيفة أن مبنى الإيمان على العرف (ومن زوج عبدا مأذونا له مديونا امرأة جاز ، والمرأة أسوة للغرماء) إذا كان النكاح بمهر المثل لما ذكر بقوله (ووجهه) وتقريره لأن المقتضى موجود وهو ولاية المولى لتحقيق سببها وهو ملك الرقبة والمانع وهو ملاقة النكاح حتى الغرماء مقصودا بالإبطال متف . وإذا تحقق المقتضى وانتهى

(قوله أن مبنى الإيمان على العرف) أقول : قد سبق في فصل الوكالة بالنكاح أن العرف العمل لا يصلح مقيدا للفظ (قال المصنف : والمرأة أسوة للغرماء) أقول : في القاموس الإسوة بالكسر وتضم : القنوة وما يأتى به الحزین الجمع أسى بالكسر ويضم اه . وأنت خير بأن هذا المعنى لا يناسب المقام ، فإن المرأة تأخذ معهم لا قبلهم (قوله وتقريره لأن المقتضى موجود وهو ولاية المولى الخ) أقول : فيه مسأحة .

بالإبطال مقصودا ، إلا أنه إذا صح النكاح وجب الدين بسبب لامرد له فشابه دين الاستهلاك وصار كالمرضى المديون إذا تزوج امرأة فيمهر مثلها أسوة للغرماء (ومن زوج أمته فليس عليه أن يبوئها بيت الزوج لكنها تخدم المولى، ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئها) لأن حق المولى في الاستخدام باق والتبوة بإبطال له (فإن بوأها

أو أقل ، فلو زوجه منها بأكثر طولب بالزيادة بعد استيفاء الغرماء كدين الصحة مع دين المرض ، وهذا الوجود المقتضى وهو ملك الرقة وانتفاء المانع ، وما يخال من أنه بإبطال لحق الغرماء في قدر المهر ليس به لأن النكاح لا يلاقى حق الغرماء بالإبطال مقصودا ، بل وضعه لقصد حل البضع بالملك ثم يثبت المهر حكما له بسبب لامرد له وهو صحة النكاح لصدوره من الأهل في المحل ثم يلزمه بطلان حقهم في مقداره إذا كان مهر مثلها أو أقل لخصوص أمر واقع فهو لازم اللازم باتفاق الحال لا في نفس الأمر فكان ضمنيا فلا يعتبر في إثباته ونفيه إلا حال المتضمن له لا حاله ، وصار كالمرضى المديون إذا تزوج امرأة صح وكانت أسوة غرماء الصحة لما ذكرنا (قوله ومن زوج أمته فليس عليه أن يبوئها) وكذا إذا زوج أم ولده ومدبرته وإن شرط الزوج التبوة لأنه شرط لا يقتضيه العقد على الأمة غير أن النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد . ومعنى التبوة أن يدفعها للزوج ولا يستخدمها ، فلو كانت تذهب وتجيء وتخدم المولى لا يكون تبوة . وعند الشافعي وأحمد يستخدمها نهارا ويسلمها للزوج ليلا . وعند مالك يسلمه للزوج ليلة بعد ثلاث . قلنا : ملك السيد ثابت في الرقة ليلا ونهارا وفيا بعد الثلاث والتبوة بإبطال له فيكون بإبطال الحق الأعلى بالأدنى وإقدام السيد على العقد لا يستلزم رضاه بالتبوة بل بمجرد إطلاق وطئه إياها متى ظفر بها يتوفر مقتضاه ، وهذا القدر ثابت ، فإثبات القسم كذلك إثبات بلا دليل . لا يقال : لما ملك منافع بضعها لزمها تسليمها . لأننا نقول : التسليم بالتخلية والتبوة أمر زائد عليها والنفقة على المولى مالم يبوئها ، وإذا بوأها ثم بدا له أن يردّها إلى خدمته كان له ذلك ، وكلما بوأها وجبت نفقتها على الزوج ، وكلما أعادها سقطت . فإن قلت : ما الفرق بين أن يشترط الزوج التبوة فيزوجه السيد على هذا الشرط ولا يلزم المولى التبوة وبين أن يشترط الحر المتزوج بأمة رجل حرية أولاده حيث يلزم في هذه الحالة وتثبت حرية ما يأتي من الأولاد ، وهذا أيضا شرط لا يقتضيه نكاح الأمة . فالجواب أن قبول المولى الشرط والتزويج على اعتباره هو معنى تعليق الحرية بالولادة

المانع ثبت الحكم البتة ، وإنما قال مقصودا لأن المانعية إنما تتحقق بذلك ، وأما إذا كان ضمنيا فلا معتبر به وههنا كذلك لأن محلية النكاح بالآدمية وحق الغرماء لا يلاقيها ، لكن إذا صح النكاح بولاية المولى تحصينا للملكه وجب الدين بسبب لامرد له لعدم انفكاك النكاح عن ثبوت المال فكان كدين الاستهلاك (وصار كالمرضى المديون إذا تزوج امرأة فيمهر مثلها أسوة للغرماء) وإذا كان أكثر منه فلا تساويهم بل يؤخر إلى استيفائهم حقهم كدين الصحة مع دين المرض . قال (ومن زوج أمته) بوأت للرجل منزلا وبوأتها منزلا : أى هيئته ومكنت له فيه . ومن زوج أمته (فليس عليه أن يبوئها) أى يهيئ لها بيتا للزوج يبيت إليها (لكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئها) وإنما يقال ذلك لتحقيق التسليم وكلامه واضح . وحاصله أن حق المولى ثابت في الرقة والمنافع سوى منفعة البضع وحق الزوج إنما هو فيها ، ولا يلزم لإبطال الكثير للقليل مع إمكان تحصيله من

إذ المقتضى هو التزويج بولاية المولى ، وولاية المولى مصححة للتزويج ، لكن المراد مقتضى صحة النكاح (قوله لأن محلية النكاح بالآدمية) أقول : لا بالمالية (قوله وحق الغرماء لا يلاقيها) أقول : وإنما يلاقى المالية (قوله بل يؤخر) أقول : أى الزائد .

معه بيتا فلها النفقة والسكنى وإلا فلا) لأن النفقة تقابل الاحتباس ، ولوبوأها بيتا ثم بدا له أن يستخدمها له ذلك لأن الحق باق لبقاء الملك فلا يسقط بالتبوة كما لا يسقط بالنكاح قال (ذكر تزويج المولى عبده وأمه ولم يذكر رضاهما) وهذا يرجع إلى مذهبنا أن للمولى إجبارهما على النكاح . وعند الشافعى لإجبار في العبد وهو رواية عن أبي حنيفة لأن النكاح من خصائص الآدمية والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث أنه مال فلا يملك

وتعليق ذلك صحيح ، وعند وجود التعليق فيما يصح بمنع الرجوع عن مقتضاه فتثبت الحرية عند الولادة جبرا من غير اختيار ، بخلاف اشتراط التبوة فإن بتعليقها لا تقع هي عند ثبوت الشرط بل يتوقف وجودها على فعل حسي اختياري من فاعل مختار فإذا امتنع لم توجد . فالحاصل أن المعلق هنا وعدي يجب الإبقاء به ، غير أنه إن لم يف به لم يثبت متعلقه : أعني نفس الموعود به . ولو طلقها بانئا وهي مبوأة تجب لها نفقة العدة ، ولو لم تكن مبوأة من الابتداء أو طلقها بعد رجوع السيد إلى استخدامها لا تجب . والمكاتب كالحرة لزوال يد المولى وهي في يد نفسها فلها النفقة إذا لم تحبس نفسها ظلما . ولو جاءت الأمة بولد فنفته على مولى الأمة لأنه ملكه لأعلى الأب (قوله قال) أى صاحب الهداية (ذكر) أى محمد (تزويج المولى عبده وأمه ولم يذكر رضاهما) أى لم يشترطه (وهذا يرجع إلى مذهبنا) لأن المذهب (أن للمولى إجبارهما) أى أن يعقد لهما فينفذ عليهما علما ورضيا أولا كإجبار الولي الصغيرة على ماسلف (وعند الشافعى لا إجبار في العبد) بل في الأمة (وهو رواية) ذكرها (عن أبي حنيفة) صاحب الإيضاح والطحاوى عن أبي يوسف : وجعلها الوبرى رواية شاذة للشافعى وجهان : أحدهما أن ما يتناوله النكاح لا يملكه المولى فعقده تصرف فيما لا يملكه فانتفى كالأجنبي وكزويجه مكاتبه ومكاتبته ، بخلاف أمته يملك ما يتناوله فيملك تملكه . ثانيهما أنه لا يفيد إذ للعبد التطلق في الحال فلا يحصل المقصود ، ونحن نقول مناط نفاذ إنكاحه عليه ملكه له المقضى لتمكنه من إصلاحه ودفع أسباب الهلاك والنقصان عنه وهو تزويجه ذلك لأنه طريق تحصينه عن الزنا الذى هو طريق الهلاك أو النقصان به أو في ماله لتعييه . وأما جعل مناطه ملك ما يتناوله النكاح وأنها علة مساوية ينتفى بانتفائها الحكم فباطل لأنها منتقضة طردا في الزوج يملك ما يتناوله النكاح من زوجته ولا يملك تملكه وعكسا بالولي لا يملكه من موليته ويملك تزويجها . وأما نفي الفائدة فظاهر الانتفاء : بل الظاهر عدم مبادرته للطلاق من وجهين : أحدهما أن عقد النكاح مما ترغب فيه النفس غالبا وتدعو إليه فالظاهر عدم طلب قطعه . والثاني أن حشمة السيد في قلب عبده مانعة من اجترائه عليه بالمبادرة إلى نقض ما فعله . فكان الظاهر وجود الفائدة لا نفيها . وأما إلحاقه بالمكاتب والمكاتب فمع الفارق لأنهما التحق بالأحرار في التصرفات فلا ينفذ تصرفه عليهما إلا برضاها وعن هذا استطرقت مسئلة نقلت من المحيط هي أن المولى إذا زوج

غير إبطال الكثير فله أن يبوئها وأن لا يبوئها وأن يستخدمها بعد التبوة . لكنه يسقط نفقتها لما أشار إليه بقوله (لأن النفقة تقابل الاحتباس) . فإن قيل : انتفاء الاحتباس إنما هو لبقاء حق المولى في الاستخدام ومثل ذلك لا يسقط النفقة كالحرة إذا حبست نفسها عنه لاستيفاء الصداق . أجيب بأن الحرية إذا حبست نفسها لذلك فالتفويت من قبل الزوج بامتناع إيفاء ما التزمه ، وههنا ليس من جهة الزوج بل من جهة من له الحق وهو المولى ، فكانت كالحبوسة بالدين لانفقة لها ، فإن بوأها معه بيتا فولدت من الزوج لم يكن عليه نفقة الولد لأنه مملوك لمولاه ونفقة المملوك على المالك . قوله (ذكر تزويج المولى) يعنى ذكر محمد في الجامع الصغير تزويج المولى (عبده وأمه ولم يذكر رضاهما وهذا راجع إلى مذهبنا أن للمولى إجبارهما على النكاح) ومعنى الإجبار أن المولى لو باشر النكاح بدون

إنتكاحه ، بخلاف الأمة لأنه مالك منافع بضعها فيملك تملكها. ولنا أن الإنتكاح إصلاح ملكه لأن فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك أو النقصان فيملكه اعتبارا بالأمة ، بخلاف المكاتب والمكاتبه لأنهما التحقا بالأحرار تصرفا فيشترط رضاهما . قال (ومن زوج أمته ثم قتلها قبل أن يدخل بها زوجها فلا مهر لها عند أبي حنيفة ، وقالا :

مكاتبته الصغيرة توقف النكاح على إجازتها لأنها ملحقه بالبالغة فيما ينبنى على الكتابة ، ثم إنها لو لم ترد حتى أدت فعتقت بقي النكاح موقوفا على إجازة المولى لأعلى إجازتها لأنها بعد العتق لم تبق مكاتبه وهي صغيرة والصغيرة ليست من أهل الإجازة ، فاعتبر التوقف على إجازتها في حال رقها ولم يعتبر بعد العتق ، هكذا تواردها الشارحون. والذي يقتضيه النظر عدم التوقف على إجازته بعد العتق بل بمجرد عتقها ينفذ النكاح لما صرحوا به من أنه إذا تزوج العبد بغير إذن سيده فأعتقه نفذ لأنه لو توقف ؛ فإما على إجازة المولى وهو ممتنع لانتفاء ولايته ، وإما على العبد فلا وجه له لأنه صدر من جهته فكيف يتوقف عليه ولأنه كان نافذا من جهته وإنما توقف على السيد ، فكذا السيد هنا فإنه ولي مجبر ، وإنما التوقف على إذنهما لعقد الكتابة وقد زال فبقى النفاذ من جهة السيد ، فهذا هو الوجه ، وكثيرا ما يقلد الساهون الساهين ، وهذا بخلاف الصبي إذا زوج نفسه بغير إذن وليه فإنه موقوف على إجازة وليه ، فلو بلغ قبل أن يرده لا ينفذ حتى يميزه الصبي لأن العقد حين صدر منه لم يكن نافذا من جهته إذ لا نفاذ في حالة الصبا أو عدم أهلية الرأى ، بخلاف العبد ومولى المكاتبه الصغيرة . والحاصل أن الصغير والصغيرة ليسا من أهل العبارة ، بخلاف البالغ ، وسيأتى زيادة في ذلك . وأما الاستدلال بقوله تعالى - ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء - وقدرة إبطال مأمضاه سيده شيء فيكون منتفيا فضعيف ، لأن المراد والله أعلم على شيء من المال لسياقه في مقابلة - ومن رزقناه منا رزقا حسنا - فهو يتفق منه سرا وجهرا هل يستون - وللقطع بأنه يملك الطلاق وهو شيء ليس بمال (قوله ومن زوج أمته ثم قتلها الخ) السيد في تزويجه مكاتبته لا يستحق المهر بل

رضاهما نفذ . وقوله (لأن فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك أو النقصان) يعنى أنه إذا حد ربحا يقع الحد مهلكا أو جارحا ؛ ففي الأول هلاك ماله ، وفي الثانى نقصانه ، فإنه إذا اشترى عبدا قد حد في الزنا فله أن يرده فيملك الإنتكاح جبرا اعتبارا بالأمة ، والجامع قيام سبب الولاية وهو ملك الرقبة وتحصين ملكه عن الزنا الموجب للهلاك أو النقصان ، وليس المناط في جواز إنتكاح الأمة جبرا تملك منافع بضعها لأنه لا يطرد مع الإيجاب ولا ينعكس ، فإن الزوج يملك منافع بضع المرأة ولا يقدر على تزويجها ، والمولى يملك تزويج الصغيرة ولا يملك منافع بضعها فكان التعليل به فاسدا . فإن قيل : لو كان الإيجاب باعتبار تحسين الملك لحاز في المكاتب والمكاتبه ولم يحرز ، أجب بقوله (بخلاف المكاتب والمكاتبه) فإن الملك لما كان فيهما ناقضا بواسطة تملكهما اليد (التحقا بالأحرار تصرفا فيشترط رضاهما) وههنا فرع لطيف . وهو أن المولى إذا زوج مكاتبته الصغيرة توقف النكاح على إجازتها لأنها ملحقه بالبالغة فيما ينبنى على الكتابة ثم إنها لو لم ترد حتى أدت بدل الكتابة فعتقت بقي النكاح موقوفا على إجازة المولى لأعلى إجازتها لأنها بعد العتق لم تبق مكاتبه وهي صغيرة والصغيرة ليست من أهل الإجازة ، قال في النهاية : وهذه من ألطف المسائل وأعجبها ، حيث اعتبر إجازة المكاتبه في حال رقها ، ولم يعتبر في حالة العتق لما ذكرنا من الفرق (ومن زوج أمته) فانت قبل البخول بها ، فإن ماتت حتف أنفها فعلى الزوج المهر بالاتفاق ،

(قوله فإنه إذا اشترى عبدا قد حد في الزنا الخ) أقول : فيه تأمل ، فإن قوله فإنه إذا اشترى الخ يدل على أن المخدومة في الزنا عيب سواء كان جارحا أو لا (قوله وليس المناط في جواز إنتكاح الأمة جبرا تملك منافع بضعها الخ) أقول : بخلاف لما سبق في فصل المحرمات ، وقد نهينا في أول الباب (قوله فكان التعليل به فاسدا) أقول : ولو قيل مراد الشافعى أنه يملك منافع البضع مع البضع نفسه لا يرد عليه ما ذكره .

عليه المهر لمولاها) اعتبارا بموتها حتف أنفها . وهذا لأن المقتول ميت بأجله فصار كما إذا قتلها أجنبي : وله أنه منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما إذا ارتدت الحرة . والقتل في أحكام الدنيا جعل إتلافا حتى وجب القصاص والدية فكذا في حق المهر (وإن قتلت حرة نفسها قبل أن يدخل بها زوجها فلها المهر) خلافا لزفر ، هو يعتبره بالردة وبقتل المولى أمته والجامع

المكاتبة وفي تزويج أمته هو المستحق له . فلو قتلها قبل الدخول سقط عند أبي حنيفة عن الزوج حتى لو كان المولى قبضه يرده عليه . وقالا : لا يسقط . والاتفاق على عدم سقوطه بقتله إياها بعد الدخول وبقتل أجنبي وقتل المولى زوجها وموتها حتف أنفها . لهما أن المقتول ميت بأجله . ولو ماتت حتف أنفها لم يسقط بل يتقرر بالموت إذ به ينتهى العقد وبانتهاء العقد يتقرر البدل فلا يسقط بقتله إياها بعد لزومه كقتل الأجنبي إياها . ولأبي حنيفة أنه منع المبدل قبل التسليم والتسليم فيجازى بمنع البدل إذا كان من أهل المجازاة كما لو ارتدت الحرة قبل الدخول أو قبلت ابن الزوج . والقتل وإن كان موتا لكنه جعل في أحكام الدنيا إتلافا حتى وجب به القصاص والدية والضمان فيما لو ذبح شاة غيره وإن كان قد أحلها له وقد ثبتت أحكامه كذلك في حق المولى حتى لزمته الكفارة في الخطأ ، وإنما سقطت الدية والقود للاستحالة ، ولهذا لو كانت الأمة رهنا عند إنسان فقتلها سيدها الراهن ضمن قيمتها له ؛ ولو لم يكن من أهل المجازاة بأن كان صبيبا زوج أمته وصيه مثلا قالوا يجب أن لا يسقط في قول أبي حنيفة ، بخلاف الحرة الصغيرة إذا ارتدت يسقط مهرها لأن الصغيرة العاقلة من أهل المجازاة على الردة ، بخلاف غيرها من الأفعال لأنها لم تحظر عليها والردة محظورة عليها . أما الأمة فلا رواية في ردتها . واختلف المشايخ قيل لا يسقط لأن المنع وهو المسقط لم يجزى ممن له الحق وهو المولى ، وقيل يسقط لأن المهر يجب أولا لها ثم ينتقل إلى المولى بعد الفراغ عن حاجتها حتى لو كان عليها دين يصرف إليه . وحاصل الخلاف الاختلاف في وجود سبب السقوط فعنده وجد وعندهما لم يتحقق فبقي وجوبه السابق على حاله (قوله وإن قتلت حرة نفسها قبل أن يدخل بها فلها مهر مثلها) يستحقه ورثتها (خلافا لزفر) ولم يحك خلاف زفر في المبسوط بل خلاف الشافعي وهو قول له ، وله قول آخر بالسقوط ، وإنما قيده بالحرة لأن في قتل الأمة نفسها روايتين عن أبي حنيفة . وفي رواية لا يسقط كالحرة بل أولى لأن المهر لمولاها لا لها وهو لم يباشر منع البدل وهو قولهما وقول مالك وقول للشافعي ، وفي رواية يسقط وهو مذهب الشافعي لأن فعل المملوك يضاف إلى مالكة في موجه . ولذا لو قتلت غيرها كان مخاطب بدفعها أو أو فدائها المولى فكان في الحكم كقتل المولى لها ، والأوجه ما ذكر في وجه قول من قال من المشايخ في ردتها بالسقوط وهو أن المهر يجب أولا لها ثم ينتقل إلى المولى . وفائدة الأولية ما ذكر أنه إذا كان عليها دين قضى ولم يعط المولى إلا ما فضل . لزفر القياس على ردتها الاتفاقية وقتل المولى أمته على قول أبي حنيفة (والجامع)

وإن قتلها أجنبي فكذلك ، وإن قتلها مولاها فكذلك عندهما ، وعند أبي حنيفة لامهر عليه للمولى ، قالا : المقتول ميت بأجله عند أهل الحق فلا فرق بين الصور الثلاث (وله أن المولى منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما إذا ارتدت الحرة) تجازى بمنع البدل عند عدم تسليمها المبدل ، وفي قوله يجازى إشارة إلى الجواب عما يقال الصغيرة إذا ارتضعت من أم زوجها أو المجنونة إذا قبلت ابن زوجها بشهوة قبل الدخول منعنا المبدل قبل التسليم حيث باننا منه ولم يسقط المهر وذلك لأنهما ليستا من أهل المجازاة . ونوقض بالصغيرة العاقلة إذا ارتدت قبل الدخول تجازى بسقوط المهر فلم ينأى الصغر المجازاة . وأجيب بأن ترك مجازاة الصغيرة إنما يكون على أفعال غير محظورة ، والردة محظورة إذا كانت عاقلة بدليل أنها تحرم الميراث بسببها وتستتاب بالحبس . وقوله (والقتل في أحكام الدنيا) جواب عن قولهما لأن الميت مقتول بأجله (فإن قتلت حرة نفسها قبل الدخول بها فلها المهر خلافا لزفر . هو يعتبره بالردة وقتل المولى أمته لما بينا من الجامع) أنه منع المبدل قبل التسليم

ماييناه . ولنا أن جنابة المرء على نفسه غير معتبرة في حق أحكام الدنيا فشابه موتها حتف أنفها ، بخلاف قتل المولى أمته لأنه معتبر في حق أحكام الدنيا حتى تجب الكفارة عليه . قال (وإذا تزوج أمة فالإذن في العزل إلى المولى) عند أبي حنيفة . وعن أبي يوسف ومحمد ، أن الإذن في العزل إليها لأن الوطء حقها حتى تثبت لها ولاية

بين المقيس وهو قتلها نفسها والمقيس عليه وهو ردتها (ماينا) من منع المبدل قبل التسليم . ولنا أن جنابة المرء على نفسه هدر في أحكام الدنيا إنما يواخذ بها في الآخرة ، ولذا قال أبو حنيفة ومحمد في قاتل نفسه ، إنه يغسل ويصلى عليه ، ولم يعتبره باغيا على نفسه ، بخلاف ردتها فإنها معتبرة في أحكام الدنيا حتى حبست بها وعزرت وانفسخ نكاحها فيسقط بها المهر : بخلاف قتل المولى أمته لأنه اعتبر في أحكام الدنيا حتى وجبت عليه الكفارة . ولو سلم قتلها نفسها تفويت بعد الموت وبالموت صار المهر للورثة فلا يسقط بفعلها حق غيرها ، أما الأمة فمهرها ملك المولى فكأنه فعله إبطالا لحق نفسه وهو يملكه ، كمن قال لغيره اقتل عبدى فقتله لا يجب عليه قيمته ، ولو قال الحر اقتلني فقتله كان على القاتل الدية لأنه في الأول مبطل لحق نفسه ، وفي الثاني مبطل لحق الورثة . واستشكل بالحرقة يقتلها وارثها لا يسقط المهر . أجيب بأنه صار محروما بالقتل فلم يكن بالقتل مبطلا حق نفسه في المهر (قوله وإذا تزوج أمة فالإذن في العزل إلى المولى عند أبي حنيفة) العزل جائز عند عامة العلماء ، وكرهه قوم من الصحابة وغيرهم لما في مسلم من حديث عائشة رضي الله عنها عن جدامة بنت وهب أخت عكاشة قالت « حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم في أناس فسألوه عن العزل ؛ قال : ذاك الوأد الخفي » وكذا ذكر شعبة عن عن عاصم عن زرعة^٢ وصح عن ابن مسعود أنه قال « هو الموءدة الصغرى » وصح عن أبي أمامة أنه سئل عنه فقال : ما كنت أرى مسلما يفعله ، وقال نافع عن ابن عمر : ضرب عمر على العزل بعض بني . وعن عمر وعثمان أنهما : كانا ينهيان عن العزل . والصحيح الجواز ؛ ففي الصحيحين عن جابر « كنا نزل القرآن ينزل » وفي مسلم عنه : « كنا نزل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينهنا » وفي السنن عن أبي سعيد الخدري « أن رجلا قال : يا رسول الله إن لي جارية وأنا أعزل عنها وأنا أكره أن تحمل وأنا أريد ما يريد الرجال ، وإن اليهود تحدث أن العزل هو الموءدة الصغرى ، قال : كذبت يهود ، لو أراد الله أن يخلق ما استطعت أن تصرفه » وفي صحيح مسلم عن جابر قال « سأل رجل النبي صلى الله عليه وسلم فقال : إن عندي جارية وأنا أعزل عنها ، فقال صلى الله عليه وسلم : إن ذلك لا يمنع شيئا أراده الله تعالى ، قال : فجاء الرجل فقال : يا رسول الله إن الجارية التي كنت ذكرتها لك قد حملت ، فقال صلى الله عليه وسلم :

وقوله (ولنا أن جنابة المرء) ظاهر . وقوله (حتى تجب الكفارة عليه) يعني إذا قتلها خطأ ، وكذلك يجب الضمان على المولى إن كان عليها دين . قال (وإذا تزوج أمة فالإذن في العزل إلى المولى) في هذه المسئلة دلالة على جواز العزل . وسئل ابن مسعود عنه فقال : لا بأس به ، ولو أن الله تعالى أخذ ميثاق نسمة فلو ألقيتها في صخرة تخلق فيها . وروى أبو سعيد الخدري عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله . وهو على ثلاثة أقسام : عزل عن أمته المملوكة له ولا إذن فيه إلى أحد . وعزل عن المرأة الحرة والإذن فيه إليها وهذان بالانفاق . وعزل عن الأمة المنكوحة

(١) جدامة : بضم الجيم بعلها دال مهملة كما في القاموس لامعجمة كما في بعض النسخ كتبه مصححه .

(٢) هكذا زرعة بالراء بعد الزاي في بعض النسخ ، وفي بعض آخر : زمعة ، بالميم بدل الراء وليحذر ، كتبه مصححه .

المطالبة ، وفي العزل تنقيص حقها فيشرط رضاها كما في الحرية ، بخلاف الأمة المملوكة لأنه لا مطالبة لها فلا يعتبر رضاها . وجه ظاهر الرواية أن العزل يخل بمقصود الولد وهو حق المولى فيعتبر رضاها وبهذا فارتفعت الحرية

أن عبد الله ورسوله « فهذه الأحاديث ظاهرة في جواز العزل . وقد روى عن عشرة من الصحابة : علي وسعد بن أبي وقاص وزيد بن ثابت وأبي أيوب وجابر وابن عباس والحسن بن علي وخبيب بن الأرت وأبي سعيد الخدري وعبد الله بن مسعود وروى أيضا عن ابن عباس : وحديث السنن يدفع حديث جدامة ، وهو وإن كان في السنن فهو حديث صحيح ، وإن وقع فيه اختلاف على يحيى بن أبي كثير ، فقليل فيه عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن جابر ، وقيل فيه عن أبي مطيع بن رفاع ، وقيل عن رفاع ، وقيل عن أبي سلمة عن أبي هريرة . فإن الطرق كلها صحيحة ، وجاز أن يكون الحديث عند يحيى من حديث الكل بهذه الطرق ، لكن بقي أنهما إذا تعارضا يجب ترجيح حديث جدامة لأنه مخرج عن الأصل : أعني الإباحة الأصلية ، إلا أن كثرة الأحاديث تدل على اشتهاه خلافه ، وقد اتفق عمر وعلي رضي الله عنهما أنها لا تكون موعودة حتى تمر عليها التارات السبع . أسند أبو يعلى وغيره عن عبيد بن رفاع عن أبيه قال : جلس إلى عمر وعلي والزبير وسعد في نفر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فتذاكروا العزل فقالوا لأبأس به ، فقال رجل منهم : إنهم يزعمون أنها الموعودة الصغرى ، فقال علي : لا تكون موعودة حتى تمر عليها التارات السبع : حتى تكون سلالة من طين ، ثم تكون نطفة ، ثم تكون علقة ، ثم تكون مضغة ، ثم تكون عظاما . ثم تكون لحما ، ثم تكون خلقا آخر ، فقال عمر : صدقت ، أطال الله بقاءك . وفيه خلاف ما عن علي وعمر من المنع المتقدم ، ثم في بعض أجوبة المشايخ الكراهة وفي بعضها عدمها ، ثم على الجواز في أمته لا يفتقر إلى إذنها : وفي زوجته الحرية يفتقر إلى رضاها ، وفي منكوحته الأمة يفتقر إلى الإذن والخلاف في أنه للسيد أو لها وهي هذه المسئلة وفي الفتاوى : إن خاف من الولد سوء في الحرية يسعه العزل بغير رضاها لفساد الزمان فليعتبر مثله من الأعداء مسقطا لإذنها . ثم في بعض نسخ الهداية : وقال أبو يوسف ومحمد : وهو الموافق لما ذكر الصدر الشهيد والعتابي وفي بعضها : وعن أبي يوسف ومحمد وهي النسخة الصحيحة ، لأنه لم يذكر الخلاف في ظاهر الرواية بل ذكر الجواب في الجامع الصغير أنه لمولاهما من غير حكاية خلاف ، وبقرينة قوله في وجه قول أبي حنيفة وجه ظاهر الرواية . ووجه المروي عنهما أن الوطء حقها حتى إن لها المطالبة به ، وفي العزل تنقيصه فيشرط رضاها به كالحرية وجه الظاهر أن حقها في نفس الوطء قد تأدى بالجماع ، فإن قضاء الشهوة به ؛ وأما سفح الماء فإنما فائدته الولد والحق فيه لمولاهما لأنه عبده ومستفاده فيشرط إذنه . ثم إذا عزل بإذن أو بغير إذن ثم ظهر بها حمل هل يحل نفيه أم لا ؟ قالوا : إن لم يعد إليها أو عاد ولكن بال قبل العود حل نفيه وإن لم يبل لم يحل ، كذا روى عن علي لأن بقية المنى في ذكره يسقط فيها ، ولذا قال أبو حنيفة فيما إذا اغتسل من الجنابة قبل البول ثم بال فخرج المنى وجب عليه إعادة الغسل . وفي فتاوى قاضيه خان : رجل له جارية غير محصنة تخرج وتدخل ويعزل عنها المولى فجاءت بولد وأكبر ظنه أنه ليس منه كان في سعة من نفيه ، وإن كانت محصنة لا يسعه نفيه لأنه ربما يعزل فيقع الماء في الفرج الخارج ثم يدخل فلا يعتمد على العزل ، ولو كان الزوج عنيما قالوا الخصومة للمولى أو لها على الخلاف ، وهل يباح الإسقاط بعد الحمل ؟ يباح ما لم يتخلق شيء منه ثم في غير موضع ، قالوا : ولا يكون ذلك إلا بعد مائة وعشرين يوما ، وهذا يقتضي أنهم أرادوا بالتخليق نفخ الروح وإلا فهو غلط

.....

(وإن تزوّجت بإذن مولاهما ثم أعتقت فلها الخيار حراً كان زوجها أو عبداً) لقوله عليه الصلاة والسلام لبريرة حين عتقت « ملكت بضعتك فاخترى » فالتعليل بملك البضع صدر مطلقاً فينتظم الفصلين ، والشافعى يخالفنا فيما إذا كان زوجها حراً وهو محجوج به ،

لأن التخليق يتحقق بالمشاهدة قبل هذه المدة (قوله وإذا تزوّجت أمة بإذن مولاهما) أو زوجها هو برضاها أو بغير رضاها (ثم أعتقت فلها الخيار حراً كان زوجها أو عبداً) أما إذا تزوّجت نفسها بغير إذنه ثم أعتقتها فسيأتى أنه ينفذ النكاح بالإعتاق ولا خيار لها (والشافعى يخالفنا فيما إذا كان زوجها حراً) فلا خيار لها وهو قول مالك ، ومنشأ الخلاف فى ترجيح إحدى الروايتين المتعارضتين فى زوج بريرة أكان حين أعتقت حراً أو عبداً ؟ وفى ترجيح المعنى المعلل به . أما الأول فثبت فى الصحيحين من حديث عائشة رضى الله عنها « أن النبى صلى الله عليه وسلم خيرها وكان زوجها عبداً » رواها القاسم ، ولم تختلف الروايات عن ابن عباس أنه كان عبداً ، وثبت فى الصحيحين أنه كان حراً حين أعتقت ، وهكذا روى فى السنن الأربعة ، وقال الترمذى : حديث حسن صحيح . والترجيح يقتضى فى رواية عائشة ترجيح أنه كان حراً ، وذلك أن رواية هذا الحديث عن عائشة ثلاثة الأسود وعروة والقاسم ، فأما الأسود فلم يختلف فيه عن عائشة أنه كان حراً ، وأما عروة فعنه روايتان صحيحتان إحداهما أنه كان حراً والأخرى أنه كان عبداً ، وأما عبد الرحمن بن القاسم فعنه أيضاً روايتان صحيحتان إحداهما أنه كان حراً والأخرى الشك . ووجه آخر من الترجيح مطلقاً لا يختص بالمروى فيه عن عائشة وهو أن رواية « خيرها صلى الله عليه وسلم وكان زوجها عبداً » يحتمل كون الواو فيه للعطف لا للحال . وحاصله أنه إخبار بالأمرين ، وكونه انصف بالرق لا يستلزم كون ذلك كان حال عتقها هذا بعد احتمال أن يراد بالعبد العتيق مجازاً باعتبار ما كان وهو شائع فى العرف . والذى لامر له من الترجيح أن رواية كان حراً أنص من كان عبداً لما قلنا ، وثبت زيادة فهمى أولى وأيضاً فهمى مثبتة وتلك نافية للعلم بأنه كان حاله الأصلية الرق والناتى هو المبقية والمثبت هو المخرج عنها . وأما المعنى المعلل به فقد اختلف فيه فالشافعى وغيره عينوه بعدم الكفاءة وهو ضعيف فإن ثبوتها إنما يعتبر فى الابتداء

وفى تعيين الآذن اختلاف كما ذكره فى الكتاب وهو واضح (وإن تزوّجت بإذن مولاهما) أو زوجها مولاهما (ثم أعتقت فلها الخيار) إن شاءت أقامت معه وإن شاءت فارقت ، سواء كان زوجها حراً أو عبداً . وقال الشافعى : إن كان عبداً فلها الخيار ، وإن كان حراً فلا خيار لها ، واستدل على ذلك بما روى « أن عائشة لما أرادت أن تعتق مملوكين لها متناكحين سألت النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك فأمرها بالبداة بالغلام » قال : . وإنما أمرها بذلك لثلاث يثبت لها الخيار ، ولأن الخيار فيما إذا كان عبداً لعدم الكفاءة وهى موجودة فى الحر . ولنا أن عائشة أعتقت بريرة فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم « ملكت بضعتك فاخترى » فالتعليل بملك البضع صدر مطلقاً فينتظم الفصلين (الحر والعبد ، وإنما قال فالتعليل لأنه من باب قوله سها فسجد فالشافعى محجوج به . فإن قيل : روى صاحب السنن بإسناده إلى عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة « أن بريرة خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان زوجها عبداً » وروى أيضاً بإسناده إلى عكرمة عن ابن عباس « أن زوج بريرة كان عبداً أسود يسمى مغيثاً فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم وأمرها أن تعتد » فأنى يكون الشافعى به محجوجاً ؟ قلت : روى

(قوله قال وإنما أمرها بذلك لثلاث يثبت لها الخيار) أقول : يعنى قال الشافعى : وإنما أمرها الخ .

ولأنه يزداد الملك عليها عند العتق فيملك الزوج بعده ثلاث تطليقات فتملك رفع أصل العقد دفعا للزيادة

لا في البقاء ؛ ألا ترى أنه لو أعسر الزوج في البقاء أو انتفى نسبه لا يثبت لها الخيار . وأصحابنا تارة يعللونه بزيادة الملك عليها لأنها كانت بحيث تخلص بثنتين فازداد الملك عليها ، وهذا من رد المختلف إلى المختلف فإن الطلاق عند الشافعي بالرجال لا بالنساء ، وكأنه اعتماد على إثبات الأصل المختلف فيه . وأورد أنه دفع ضرر بإثبات ضرر وهو رفع أصل العقد . وأجيب بأنها لا تتمكن إلا به مع أنه رضى به حيث تزوج أمة مع علمه بأنها قد تعتق . ثم إنه استضعف بأن عدم ملكه الثالثة لا يستلزم نقصان مملوكيتها ولا ملكه الثالثة يستلزم طولها ، فقد تطول مملوكيتها مع ملكه ثنتين بأن لا يطلقها أصلا إلى الموت فلا ضابط لذلك ؛ وتارة بعلة منصوصة وهي ملكها بضعها . روى أبو بكر الرازي بسنده إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لها حين أعتقت « ملكت بضعك فاخترى » وروى ابن سعد في الطبقات : أخبرنا عبد الوهاب بن عطاء عن داود بن أبي عبيد عن عامر الشعبي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لبريرة لما أعتقت « قد عتق بضعك معك فاخترى » وهذا مرسل وهو حجة . وأخرج الدارقطني عن عائشة رضى الله عنها أنه صلى الله عليه وسلم قال لبريرة لما عتقت « اذهبي ، فقد عتق بضعك معك » وليس لقوله ذلك فائدة فيما يظهر إلا التنبيه على ثبوت اختيارها نفسها ، وقد جاء في بعض طرق حديث بريرة أنه صلى الله عليه وسلم قال لها « ملكت نفسك فاخترى » فقد تضافرت هذه الطرق على هذه العلة ، وإذن فالواجب أن تكون هي المعبرة ، ويكون ما ذكره من التعليل بزيادة الملك إظهار حكمة هذه العلة المنصوصة ، ومقتضاها ثبوت الخيار لها فيما إذا كان زوجها حرا أو عبدا وفيما إذا كانت مكاتبه عتقت بأداء الكتابة بعد ما زوجها سيدها برضاها أو غيره وخالف زفر في المكاتبية وهي المسئلة التي تلي هذه في الكتاب ، واستدل بأن العقد نفذ برضاها فلا خيار لها ، ولو صح لزم أن سيد الأمة لو زوجها برضاها ومشاورتها في ذلك أن لا خيار لها وليس بصحيح . والأوجه في استدلاله أن النص لم يتناولها وهو قوله عليه الصلاة والسلام « ملكت بضعك فاخترى » إذ المكاتبية كانت مالكة لبضعها قبل العتق . وأجيب بالمنع لأن ملك البضع تابع للملك نفسها ولم تكن مالكة نفسها وإنما كانت مالكة لأكسابها . ولقائل أن يقول إن قوله صلى الله عليه وسلم « ملكت بضعك » ليس معناه إلا منافع بضعك إذ لا يمكن ملكها لعينه وملكها لأكسابها تبع للملكها لمنافع نفسها وأعضائها فيلزم كونها مالكة لبضعها بالمعنى المراد قبل العتق فلم يتناولها النص ، وترجع قول زفر . وفي الميسوط : لو كانت حرة في أصل العقد ثم صارت أمة بأن

البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجه وأحمد « أن بريرة أعتقت وزوجها حرا وإذا تعارضت الروايتان تركناهما وصرنا إلى ما يدل عليه لفظ الحديث على ما ذكرنا فكان محجوجا به ، وقد سلكتنا مسلك الترجيح في التقرير بأن المثبت أولى من النافي فليطلب ثمة . وقوله (ولأنه يزداد الملك) دليل معقول وقد تقدم بيانه . ورد بأن عدة الطلاق عنده معتبرة بالرجال فلا يزيد عليها الملك إذا كان الزوج حرا . وأجيب بأن كونها معتبرة بالنساء ثابت بدليل قوى على ماسيجىء فيازم عليها الزيادة إذا أعتقت وإن كان حرا ، ولا نسلم أن أمره عليه الصلاة والسلام بالبداة بالغلام لذلك ، وإنما كان لإظهار فضيلة الرجال على النساء ، فإنها لو أعتقتها معا لثبت الخيار أيضا عنده ، وليس ثبوت الخيار في العبد لعدم الكفاءة فإن الكفاءة شرط في الابتداء دون البقاء ؛ ألا ترى أن الزوج إن أعسر حتى خرج عن كفاءتها لم يكن لها خيار وإنما الخيار للزيادة الملك عليها ، ولا فرق في ذلك بين

(قوله وقد تقدم بيانه) أقول : في باب الأولياء والأكفاء .

(وكذلك المكاتبه) يعنى إذا تزوجت بإذن مولاهم ثم عتقت ، وقال زفر : لا خيار لها لأن العقد نفذ عليها برضاها وكان المهر لها فلا معنى لإثبات الخيار ، بخلاف الأمة لأنه لا يعتبر رضاها . ولنا أن العلة ازدياد الملك وقد وجدناها في المكاتبه لأن عدتها قرآن وطلاقها ثنتان (وإن تزوجت أمة بغير إذن مولاهم ثم أعتقت صحح النكاح) لأنها من أهل العبارة وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال (ولا خيار لها) لأن النفوذ بعد العتق فلا تتحقق زيادة

ارتدت امرأة مع زوجها ولحقا بدار الحرب معا ثم سبيا معا ثم عتقت فلها الخيار عند أبي يوسف لأنها بالعتق ملكت نفسها وازداد ملك الزوج عليها . وقال محمد : لا خيار لها لأن بأصل العقد ثبت عليها ملك كامل برضاها . ثم انتقص الملك بعارض الرق فإذا عتقت عاد الملك إلى أصله كما كان فلا يثبت الخيار لها (قوله وإن تزوجت أمة بغير إذن مولاهم ثم أعتقت صحح النكاح) أى نفذ بمجرد العتق ، ولا فرق بين الأمة والعبد في هذا الحكم ، وإنما فرضها في الأمة ليرتب عليها المسئلة التي تليها تفرعا . وعن زفر أنه يبطل النكاح لأن توقفه كان على إجازة المولى فلا ينفذ من جهة غيره ، ولا يمكن إبقاؤه موقوفا على إجارتها بعد بطلان ولايته ، وإذا بطل تنفيذه وتوقفه لزم بطلانه بالضرورة إذ لا واسطة وصار كما إذا اشترت ثم عتقت فإنه يبطل ولا يتوقف لما قلنا من عدم إمكان القسمين . ولنا أن الأمة والعبد من أهل العبارة ولذا صحح إقرارهما بالديون وبطلان بعد العتق . وأهلية العبارة من خواص الآدمية وهى مبقاة فيهما على أصل الحرية (وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال) بالعتق . وحاصل هذا أنه نافذ من جهتها ، ويجب أن ينفذ من جهة المولى مادام حقه ، فإذا زال بقى النفاذ من غير جهة توقف . وأما البطلان فيما ذكر فليس لما قال بل للزوم تحول حكم العقد الواحد فإنه انعقد موجبا لملك المولى ولو نفذ بعد عتقها كان موجبا للملك لها . وأورد على التعليل التقص بصور ، وهى مالهو تزوج بغير إذن مولاهم ثم أذن لايحوز ذلك النكاح حتى يبيح ماصنع ، وما إذا زوج فضولى شخصا ثم وكله توقف على إجازة الفضولى بعد الوكالة ، وما إذا زوج ولى أبعد مع وجود الأقرب ثم غاب الأقرب أو مات فتحولت الولاية إلى المزوج توقف على إجازة مستأنفة منه ، وكذا سيد المكاتبه الصغيرة إذا زوجها بلا إذنها توقف على إجازتها ، فإذا أدت وعتقت لايحوز ذلك النكاح إلا بإجازة مستقبله من السيد مع أنه المزوج . أجيب عن الأول والثاني بأن الإذن والتوكيل فك الحجر بالنسبة إلى ما يستقبل من وقتها فلا يعملان فيما قبلهما ، وكان مقتضى هذا أن لايحوز بالإجازة أيضا إلا أنا استحسانه ، وعن الثالث بأن الأبعد لم يكن وليا حين زوج ومن ليس وليا فى شىء لا يتأنى فى عواقبه ويحكم الرأى فيه بل يتوانى اتكالا على رأى الأقرب فلم يكن النكاح على الوجه الأصلح ظاهرا فيجب توقيفه على إجازته بعد صيرورته وليا ليثبت كونه أصلح . قال فى الفوائد الظهيرية : وبهذا الحرف يقع الانفصال عن النقص الرابع : يعنى سيد المكاتبه الصغيرة . وقد يفرق بأن الولي الأبعد إنما يظهر فيه ترك النظر بعد تسليم ظهوره فيه لاعتماده على رأى الأقرب ، أما هنا فلا يتجه اعتماد المولى على رأى الصغيرة فيترك النظر فكان الظاهر النظر منه لظهوره من مجرد الدين والنسبة الخاصة من غير ما يوجب بطلان ظهوره فيه فيجب الحكم بالنفاذ بالعتق على ما قدمناه ووعدناه من الزيادة ويجب لها خيار البلوغ (قوله ولا خيار لها) لأن النفوذ بعد العتق وخيار العتق إنما شرع فى نكاح نافذ

الحر والعبد (وكذلك المكاتبه) يعنى إذا تزوجت بإذن مولاهم ثم أعتقت) كان لها الخيار ، سواء كان الزوج حرا أو عبدا لزيادة الملك عليها (وقال زفر : لا خيار لها) لأن ثبوت الخيار فى الأمة لنفوذ العقد بغير رضاها وسلامة المهر لمولاهم وهذا غير موجود ههنا ، فإن المهر لها والنكاح ما نفذ إلا برضاها ودليلنا فيه ظاهر مما تقدم (وإن تزوجت أمة بغير إذن مولاهم ثم أعتقت صحح النكاح ولا خيار لها) أما صحة النكاح فلو جرد المقتضى لصدر

الملك . كما إذا تزوجت نفسها بعد العتق (فإن كان تزوجت بغير إذنه على ألف ومهر مثلها مائة فدخل بها زوجها ثم أعتقها مولاهما فالمهر للمولى) لأنه استوفى منافع مملوكة للمولى (وإن لم يدخل بها حتى أعتقها فالمهر لها) لأنه استوفى منافع مملوكة لها . والمراد بالمهر الألف المسمى لأن نفاذ العقد بالعتق استند إلى وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجب المسمى .

قبل العتق لدفع زيادة الملك فلا تتحقق زيادة الملك لذلك . وأورد ينبغي أن يثبت لها الخيار لأن بالاستناد يظهر أن النفاذ قبل العتق . والجواب أن الشيء يثبت ثم يستند وحال ثبوته كان بعد العتق فانتفى الخيار بعده (قوله فإن كانت تزوجت بغير إذنه على ألف ومهر مثلها مائة) نص على زيادة المسمى على مهر المثل . والجواب على التفصيل : إن دخل بها قبل العتق فالمهر للسيد لأنه استوفى منافع مملوكة له أو بعده فلها لأنه استوفى منافع لها . وكان يتبادر أن في الوطاء قبل العتق مهر المثل السيد لعدم صحة التسمية حينئذ فكان دخولا في نكاح موقوف وهو كالفاسد حيث لا يخل الوطاء فيه فوجبت قيمة البضع المستوفى منافع المملوكة للسيد فلا تجب الزيادة لها على هذا خلافا لما قيل من الزيادة لها . لأن الزيادة إنما تثبت باعتبار صحة التسمية . وهذا التوجيه على اعتبار عدمها . والثابت بهذا الاعتبار ليس إلا مهر المثل وهو كله للسيد ، ثم إذا أعتقت ووطئها يجب المسمى لها لأنه يصح بصحة العقد

الركن الذي هو الإيجاب والقبول من أهله لكونها من أهل العبارة وانتفاء المانع ، لأن امتناع النفوذ كان لحق المولى وقد زال . وأما عدم الخيار فلأن النفوذ بعد العتق فلا تتحقق زيادة الملك ، كما لو تزوجت نفسها بعد العتق والحكم في العبد كذلك ، وإنما خصص الأمة بالذكر لئلا يبنى المسئلة المتعلقة بالمهر عليها لأنها لا تتأتى في حق العبد ، ويجوز أن يكون تخصيصه بالأمة لتفريع مسئلة الخيار عليها لأنها تختص بالإماء دون العبد . وقوله (فإن كانت تزوجت بغير إذنه) ظاهر ، وإنما قال في صورة المسئلة بأن المسمى ألف ومهر المثل مائة ليعلم أن المسمى وإن زاد على مهر المثل فهو للمولى إذا كان الدخول قبل العتق وكان ينبغي أن يكون ما يوازي مهر المثل للمولى وما زاد للمرأة . لأن مهر المثل قيمة البضع من كل وجه دون الزائد عليه والبضع ملك المولى فكان قيمته له لا الزائد على قيمة ملكه . وجوابه ما ذكره في الكتاب بقوله (والمراد بالمهر الألف المسمى لأن نفاذ العقد بالعتق استند إلى وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجب المسمى) للمولى إن أعتقها بعد الدخول والأمة إن أعتقها قبله . فإن قيل : كيف يستند الجواز إلى وقت العقد والمانع عن الاستناد قائم لأن المانع من الجواز هو الملك والملك قد زال بالعتق مقتصرًا ؛ ألا ترى أن الأمة إذا حرمت حرمة غليظة على زوج كان لها قبل ذلك وتزوجت بغير إذن المولى فدخل بها فأعتقها المولى لا تحل على زوجها الأول باعتبار أن العقد غير معتبر في حق هذا الدخول الذي كان قبل

(قوله لتفريع مسئلة الخيار عليها) أقول : يعنى قوله ولا خيار لها (قوله وكان ينبغي ، إلى قوله : لا الزائد على قيمة ملكه) أقول : فيه بحث ، فإن المرأة تأخذ ما تأخذه بذل منافع البضع أيضا ، فما وجه أخذ المرأة ما زاد إذا لم تكن قيمة البضع من وجه فلي تأمل (قوله وجوابه ما ذكره في الكتاب بقوله والمراد الخ) . أقول : والأظهر عنى أن قوله والمراد الخ جواب عما عسى يقال ينبغي أن يجب هنا مهر المثل عنه أفي حقيقة لأنه الأصل عنده على ماهر ، والتسمية غير صحيحة لعدم صحة النكاح من الابتداء وهو زمان وجود التسمية (قوله فإن قيل : كيف يستند الجواز) أقول : المراد من الجواز النفاذ (قوله لأن المانع من الجواز هو الملك الخ) أقول : ولا يبعد أن يقال الملك مانع عن النفاذ ابتداء لحق المولى ، ولا يمنع استناد رعاية لحقه أيضا حيث يستحق حينئذ المسمى وهو أكثر على ما فرض ، وفيه شيء لا ينبغي جوابه ، أما الشيء فهو كونه أقل ٧ وأما الجواب فهو أنه (قوله إذا حرمت حرمة غليظة) أقول : بأن طلقها اثنتين (قوله وتزوجت بغير إذن المولى

ولهذا لم يجب مهر آخر

فيجب مهران المسمى ومهر المثل لكن انهدم ذلك كله بسبب استناد النفاذ لأن النفاذ ليس إلا ذلك العقد ، وحين صح العقد لزم صحة التسمية ويلزمه بطلان لزوم مهر المثل لأنه لا يجب معه . لا يقال : فيجب أن يكون المهر في الوجهين لها لأنه بالاستناد صارت مالكة لمنافع بضعها من وقت العقد . لأننا نقول : الاستناد يظهر أثره في القائم لافى الفات ، ومنافع البضع فائتة . وحين فائت فائت على ملك المولى فكان بدله له . وقد يورد فيقال : لو استند إلى أصل العقد يجب كون المهر للمولى كما لو تزوجت بإذن المولى ولم يدخل بها حتى أعتقها وهو بمنزل عن صورة المسئلة فإنها النفاذ بالعتق وبه تملك منافعها ، بخلاف النفاذ بالإذن والرق قائم . هذا إذا كانت الأمة كبيرة ، فإن كانت صغيرة فأعتقها يبطل النكاح عند زفر ، وعندنا يتوقف على إجازة المولى إن لم يكن لها عصبة سواء : فإذا أجاز جاز ، فإذا بلغت بعد ذلك فلها خيار البلوغ إلا إذا كان الحيز أباه أو جدها ، وقدمنا في باب الأولياء أنه يستغنى بخيار الإدراك عن خيار العتق لأنه المنجز (قوله ولهذا) أى الاتحاد بالاستناد (لم يجب مهر آخر)

العتق . أوجب بأن ما ذكرته قياس ، فإن القياس هو أن يلزمه مهران مهر بالدخول قبل نفاذ النكاح وهو مهر المثل ومهر بالنكاح وهو المسمى لما ذكرت من وجود المانع عن الاستناد ، إلا أنهم استحسنوا فقالوا : يلزمه مهر واحد وهو المسمى وقت العقد . لأنه لو وجب مهر بالدخول لوجب بحكم العقد ، إذ لولاه لوجب الحد فكان المهر واجبا بالدخول مضافا إلى العقد . فيجاب مهر آخر بالعقد جمع بين المهرين بعقد واحد وهو ممتنع ، وهذا كما ترى لا يجدى لأن المانع من الاستناد على ما ذكره من المسائل لم يزل ، والأولى أن يقال : ليس المانع من الجواز في الاستحسان الملك ، وإنما هو الحاجة إلى الصيانة عن الإضرار بالمولى ، فتنى أعتقها المولى فقد خلا هذا النكاح عن الإضرار بالمولى من وقت وجوده فثبت الجواز من ذلك الوقت وظهر من هذا قوله ولهذا لم يجب مهر آخر بالوطء في نكاح موقوف الخ . وأوجب عن عدم زوال الحرمة الغليظة بأن امتناع حلها على زوجها الأول إنما كان لأن الاستناد يظهر في القائم لا في المتلاشى ، والمستوفى بالوطء متلاش . فإن قيل : القول بالاستناد ينتقض بالمسئلة الثانية وهى قوله وإن لم يدخل بها حتى أعتقها فالمهر لها ، ولو استند الجواز إلى أصل العقد يجب أن يكون المهر للمولى ، كما لو تزوجت بإذن المولى ولم يدخل بها الزوج حتى أعتقها . أوجب بأن حكم الاستناد يظهر فيما لا يختلف مستحقه لافيا يختلف ، وههنا يختلف لأن المستحق زمان الثبوت هو الأمة وزمان العقد هو المولى : فلما كان المستحق زمان الثبوت هو الأمة امتنع استناد هذا الاستحقاق إلى زمان العقد ، لأنه لو استند هذا الاستحقاق إلى زمان العقد يبطل هذا الاستحقاق زمان الثبوت فيبطل الاستناد من حيث يثبت .

أقول : أى تزوجت بزواج آخر (قوله والمستوفى بالوطء متلاش الخ) أقول : إذا كان المستوفى بالوطء متلاشيا فكيف يلزم باعتباره مهر كامل المولى إذا كان الوطء قبل الإعتاق ، ولعل الأولى أن يقال : النكاح منصوص في التحليل فيراعى وجوده على وجه الكمال كما قالوا في قبض المهر والرهن . وما ثبت بالاستناد ثابت من وجه دون وجه فتأمل (قوله لأن المستحق زمان الثبوت الخ) أقول : أى ثبوت النكاح ونفاذه .

بالوطء في نكاح موقوف لأن العقد قد اتحد باستناد النفاذ فلا يوجب إلا مهرًا واحدًا (ومن وطئ أمة ابنه فولدت منه فهي أم ولد له وعليه قيمتها ولا مهر عليه) ومعنى المسئلة أن يدعيه الأب . ووجهه أن له ولاية تملك مال ابنه للحاجة إلى البقاء فله تملك جاريته للحاجة إلى صيانة الماء ، غير أن الحاجة إلى إبقاء نسله دونها إلى إبقاء نفسه ، فلهذا يملك الجارية بالقيمة والطعام بغير قيمة ، ثم هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاء شرطًا له إذ المصحح حقيقة الملك أو حقه ،

أى مهر المثل (بالدخول في نكاح موقوف) وقد ذكرناه (قوله ومن وطئ جارية ابنه فولدت منه فهي أم ولد له وعليه قيمتها ولا مهر عليه ، ومعنى المسئلة أن يدعيه الأب) وليس عبدا ولا مكاتبًا ولا كافرا ولا مجنونًا ، فإن كان الأب واحدًا من هؤلاء لم تصح الدعوة لعدم الولاية ، ولو أفاق المجنون ثم ولدت لأقل من ستة أشهر تصح استحسانًا لقياسا ، ولو كانا من أهل الذمة إلا أن ملتهما مختلفتة جازت الدعوة من الأب . ويشترط أيضا كون الأمة في ملك الابن من وقت العلوق إلى الدعوة ، فلو حبلت في غير ملكه أو فيه وأخرجها الابن عن ملكه ثم استردها لم تصح الدعوة لأن الملك إنما يثبت بطريق الاستناد إلى وقت العلوق فيستدعى قيام وقت التملك من حين العلوق إلى التملك ، ولا يشترط في صحتها دعوى الشبهة ولا تصديق الابن ودعوة الجدة لأب كالأب ، ولا تصح دعوة الجدة لأم اتفاقا . وشرط دعوة الجدة لأب أن تكون حال عدم ولاية الأب لموت أو جنون أو رق أو كفر ، وأن تثبت ولايته من وقت العلوق إلى وقت الدعوة حتى لو أتت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت انتقال الولاية إليه لم تصح دعوته لما قلنا في الأب (قوله ووجهه) أى وجه هذا المجموع (أن للأب ولاية تملك مال ابنه للحاجة إلى إبقاء نفسه) لما سند ذكر فكندا إلى صون نسله لأنه كنفه إذ هو جزؤه لكن الحاجة إلى إبقاء النفس أشد منها إلى حفظ النسل (فلذا يملك الطعام بغير قيمة والجارية بالقيمة) ويحل له الطعام عند الحاجة إليه ولا يحل له وطء جارية ابنه عند الحاجة إليه ، كذا عند الأئمة إلا ما نقل عن مالك بن أنس وابن أبي ليلي ، ويجوز الابن على الإنفاق عليه دون دفع الجارية إليه للتسرى ، فللحاجة جاز له التملك . ولقصورها أوجبنا عليه القيمة مراعاة للحقين وتحصيلا للمقصودين مقصود الأب والابن إذ البدل يقوم مقام البدل ولا عقر عليه وهو مهر مثلها في الجمال : أى ما يرغب به في مثلها جمالا فقط . وأما ما قيل ما يستأجر به مثلها للزنا لو جاز فليس معناه

قال (ومن وطئ أمة ابنه) ومن وطئ جارية ابنه (فولدت منه ولدا فهي أم ولد له وعليه قيمتها دون المهر) وإنما قال (ومعنى المسئلة أن يدعيه الأب) لأن محمدا لم يذكر الدعوة في الجامع الصغير (ووجهه أن للأب ولاية تملك مال ابنه للحاجة إلى البقاء) لما روت عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ولد الرجل من كسبه فكلوا من أموالهم » وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إن أولادكم من أطيب كسبكم ، فكلوا من كسب أولادكم » وغير ذلك ، وكل من له ولاية تملك مال ابنه للحاجة إلى البقاء (فله ولاية تملك جاريته للحاجة إلى صيانة الماء) . فإن قيل : لو كان صيانة الماء كبقاء النفس لما وجبت عليه القيمة كما في الطعام . أجاب بقوله (غير أن الحاجة إلى إبقاء نسله دونها إلى إبقاء نفسه) ولهذا لا يجبر الولد على إعطاء الجارية والده للاستيلاء لكونه غير ضروري (فلهذا يملك الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة) . فإن عورض بأن الاستيلاء يعتمد الملك كما في المملوكة أو حق الملك كما في المكاتبه وليس شيء من ذلك بوجود . أجاب بقوله (ثم هذا الملك يثبت قبل الاستيلاء شرطًا له ، إذ المصحح) يعنى الاستيلاء إما (حقيقة الملك أو حقه)

وكل ذلك غير ثابت للأب فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه فتبين أن الوطء يلاقي ملكه فلا يلزمه العقر . وقال زفر والشافعي : يجب المهر لأنهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد كما في الجارية المشتركة وحكم الشيء يعقبه والمسئلة معروفة . قال (ولو كان الابن زوجها إياه فولدت منه لم تصر أم ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر وولدها حر) لأنه صح التزوج عندنا خلافا للشافعي لخلوها عن ملك الأب ، ألا يرى أن الابن ملكها من

بل للعادة أن ما يعطى لذلك أقل مما يعطى مهرا لأن الثاني للبقاء ، بخلاف الأول والعادة زيادته عليه ، خلافا لزفر والشافعي فإنهما يوجبان العقر عليه لثبوت ملكه فيها قبيل الوطء شرطا لصحة الاستيلاد عندنا ، وعنده قبيل العلوق لأن ثبوته ضرورة صيانة الولد وهي مندفة بإثباته كذلك دون إثباته قبل الوطء . قلنا : لازم كون الفعل زنا ضياع المأء شرعا ، فلو لم يقدم عليه ثبت لازمه لاستحالة ثبوت الملزوم دون لازمه الشرعي وإلا فلا لزوم ، فظهر أن الضرورة لاتندفع إلا بإثباته قبل الإيلاج ، بخلاف ما لو لم تحبل حيث يجب العقر ولو كانت مشتركة بين الأب والابن أو غيره تجب حصة الشريك الابن أو غيره من العقر ، وقيمة باقيا إذا حبلت لعدم تقديم الملك في كلها لاتنفاء موجه وهو صيانة النسل إذ ما فيها من الملك له يكفي لصحة الاستيلاد ، وإذا صح ثبت الملك في باقيا حكما لا شرطا ، ثم مقتضى قوله أن لا تجب قيمة الولد بلا تردد كقولنا لكن في قول تجب ولا يحذ قاذفه اتفاقا لأن شبهة الخلاف في أن الملك ثبت قبل الإيلاج أو بعده تسقط إحصانه (قوله ولو كان الابن زوجها) أى زوج أمته (إياه فولدت منه لاتكون أم ولد للأب ولا قيمة عليه للابن وعليه المهر له والولد حر) وهذا لأنه صح النكاح له خلافا للشافعي لأن عنده لا يجوز تزوج الأب جارية الابن . ومبنى الخلاف فيه أن الثابت للأب في جارية ابنة حق ملك عنده فيمتنع تزويجه إياها كأمة مكاتبه والأمة المشتركة وحق التملك عندنا من وجه . واستدل عليه بأنه

على ما ذكرنا (وكل ذلك غير ثابت للأب فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه) لأنه بعد ما علق الولد احتاج الأب إلى صيانه عن الضياع وذلك بثبوت النسب ، ولا ثبوت له بدون ذلك فقدم اقتضاء تقديم الشرط على المشروط ، وإذا قدم كان الوطء واقعا في ملكه (فلا يلزمه العقر . وقال زفر والشافعي : يجب المهر لأنهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد) فإنه يسقط الإحصان بهذا الوطء ، ولو كان في الملك لما سقط وحد قاذفه ، وقاساه بالجارية المشتركة فإنه إذا استولدها وجب عليه العقر (والمسئلة معروفة) يعنى في شروح الجامع الصغير وغيرها أن الملك عندنا يثبت قبل الاستيلاد شرطا له ، وعنده بعده حكما له . والذي ذهبنا إليه هو الصواب لأننا قد اتفقنا على أن استيلاد الأب جارية ولده صحيح ، ومن شرط صحته وقوع الوطء في الملك ، حتى لو خلا عنه أصلا لم يصح كما في جارية الأجنبية فلا بد من تقديمه صيانة لفعلة عن الحرمة وصيانة للولد عن الرق . وعورض بأن الجارية المشتركة بين الأب والابن إذا ولدت فادعاء الأب يثبت النسب ويجب العقر مع قيام نوع ملك ، وذلك يدل على أن الملك لم يثبت سابقا على الوطء ، وبأنه إذا وطئها غير معلق وجب العقر ، ولو ثبت الملك قبله لما وجب ، وبأنه إذا قذفه إنسان لا يحذ ، ولو ثبت الملك قبله لحد . وأجيب عن الأولى بأننا تقدم الملك احترازا عن وقوع الاستيلاد في غير الملك حكما ، وفي تلك المسئلة نوع من الملك القائم فلا يحتاج إلى تقديمه . وعن الثانية بأن إثبات الملك بصفة التقدم كان لصيانة فعله عن الحرمة وصيانة الولد عن الرق ، وهذا المجموع ليس بموجود هنا . وعن الثالثة بأن تقدم الملك اجتهدى فكان فيه شبهة يندرى بها الحد (ولو كان الولد زوج جاريته إياه) أى أباه (فولدت لم تصر أم ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر وولده حر لأنه صح التزويج عندنا) وقال الشافعي : لا يصح

محل وجه فمن المحال أن يملكها الأب من وجه، وكذا يملك من التصرفات ما لا يبقى معه ملك الأب لو كان فذل ذلك على انتفاء ملكه إلا أنه يسقط الحد للشبهة ، فإذا جاز النكاح صار ماؤه مصونا به فلم يثبت ملك اليمين فلا تصير أم ولد له ،

أى الابن يملك من التصرفات فيها ما لا يبقى معه ملك الأب ، ولو قال ما لا يجمعه ملك الأب كان أولى فلا يكون للأب فيها ملك من وجه ، فهذه التصرفات هى وطؤه إياها وانفراده بتزويجها وإعتاقها من غير أن يضمن للأب شيئاً ، فهذه لوازم المركب من ملكه وعدم ملك الأب من كل وجه . وإذا ثبتت هذه الأحكام إجماعاً لزم كون المراد بما رواه الإمام أحمد « أنت ومالك لأبيك » إثبات حق التملك لاحق للملك وهو لا يمنع صحة النكاح : ألا يرى أن الواهب يملك التزويج بالموهوبة وله حق تملكها بالاسترداد ، وأصل الحديث فى السنن من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله إن لى مالا ووالدا وإن والدى يحتاج إلى مالى ، قال : أنت ومالك لأبيك » وروى « لوالدك ، إن أولادكم من أطيبي كسبكم فكلوا من كسب أولادكم » وأما ما روى فيه من حديث عائشة عنه صلى الله عليه وسلم « ولد الرجل من كسبه من أطيبي كسبه . فكلوا من أموالهم » فتعلقه بمجرد الأكل . فإن قيل : لانسلم أن حل الوطء وما معه دليل الملك من كل وجه لثبوت ذلك فى أم الولد والمدة مع عدمه بدليل عدم إجزائهما عن الكفارة . قلنا : بل هما مملوكتان من كل وجه ، وعدم الإجزاء لانعقاد سبب الحرية فيهما فكان نقصاناً فى رقبتهما لا فى ملك السيد . واعلم أن المجاز لابد منه فى التركيب لأنه أضاف المال للابن بقوله ومالك وهو يفيد الملك لأنه حقيقة الإضافة فى مثله ، ثم أضافه مع الابن للأب باللام المفيدة للملك فى مثله والعطف عطف مفرد ، ولا يمكن حقيقة الملك فى الابن فلزم فى المال أيضاً نفي حقيقة الملك وإلا كانت اللام لمعنيين مختلفين فى إطلاق واحد . بقى تعيين المعنى المجازى أهو حق الملك أوحق التملك ؟ فقد يقال : حق الملك أقرب إلى الحقيقة والمجاز الأقرب إليها أولى ، ولكن الأحكام التى ذكرناها تمنع حق الملك لأنه ملك من وجه وهى تمنعه ، وإذا لم يكن فيها حق الملك جاز النكاح وبه يصير ماؤه مصونا فلا تصير به أم ولد

لأن للأب حق الملك فى مال ولده ، حتى لو وطئ جاريته عالماً بحرمتها عليه لم يلزمه الحد ، وكل من له حق الملك فى جارية لا يجوز تزويجه إياها كالمولى إذا تزوج أمة من كسب مكاتبه لأن حق الملك فى مال ولده أظهر ؛ ألا يرى أن استيلاده جارية الابن صحيح ، واستيلاد المولى أمة مكاتبه غير صحيح . ولنا أن أمة الابن خالية عن ملك الأب لأن الابن ملكها من كل وجه بدلالة حل الوطء ونفاذ العتق وصحة البيع والرهن والهبة (فمن المحال أن يملكها الأب بوجه) من الوجوه ، وإلا لما كان الابن ملكها من كل وجه وذلك خلف باطل (وكذا يملك) الابن (من التصرفات ما لا يبقى معه ملك الأب لو كان فذل على انتفاء ملكه) وقوله (إلا أنه يسقط الحد للشبهة) جواب عن قول الخصم لو وطئ جاريته عالماً بحرمتها عليه لم يجد ولم يذكره فى الكتاب ، وإذا كانت خالية عن ملكه صح النكاح ، وإذا صح النكاح صار ماؤه مصونا به (فلم يثبت ملك اليمين) لعدم الحاجة إليه (فلا تصير أم ولد له) وقال زفر : تصير أم ولد له لأنه لو استولدها بفجور صارت أم ولد له ، فإذا استولدها بالنكاح أو شبهة نكاح أولى أن تصير أم ولد له . ولنا ما ذكرنا أن ماءه صار مصونا بالنكاح فلا يحتاج إلى ملك اليمين لأن إتيانه لم يكن إلا

(قوله ولنا أن أمة الابن خالية عن ملك الأب لأن الابن ملكها من كل وجه الخ) أقول : ليس فيما ذكره ما يدل على نفي حق الملك ، إلا أن

ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها لأنه لم يملكهما ، وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولدها حر لأنه ملكه أخوه فيعتق عليه . قال (وإذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه أعتقه عنى بألف ففعل ففسد النكاح) وقال زفر رحمه الله : لا يفسد ، وأصله أن يقع العتق عن الأمر عندنا حتى يكون الولاء له ، ولو نوى به الكفارة يخرج عن عهدها ، وعنده يقع عن المأمور لأنه طلب أن يعتق المأمور عبده عنه ، وهذا محال لأنه لا يعتق فيما لا يملك ابن آدم فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المأمور . ولنا أنه أمكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء إذ الملك شرط لصحة العتق عنه فيصير قوله أعتق طلب التملك منه بالألف ثم أمره باعتاق عبد الأمر عنه ، وقوله أعتقت تملكها منه ثم الإعتاق

للأب ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها لأنه لم يملكهما . وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولده حر لأنه ملكه أخوه فيعتق عليه . وما عن زفر أنها تكون أم ولد له لأنها لما كانت أم ولد له بالفجور فأولى بالحل بعيد صلوره عنه فإن أمومية الولد فرع الملك الأمة وملكها ينافي النكاح ، وإنما يصح تفريعا على عدم صحة النكاح (قوله وإذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه أعتقه عنى بألف ففعل ففسد النكاح) وكذا إذا كانت الأمة تحت حر فقال لبيدها ذلك ففسد نكاحه (وقال زفر : لا يفسد . وأصل الخلاف أن العتق فيه يقع عن الأمر عندنا حتى يكون ولاؤه له . ولو نوى به الكفارة تسقط عنه ، وعنده يقع عن المأمور : لأنه طلب أن يعتق المأمور عبده عنه ، وهذا محال لأنه لا يعتق فيما لا يملك ابن آدم فيقع عن المأمور . ولنا أنه أمكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء) والمقتضى هو تصحيح كلامها صونا له عن اللغو إذ لا مانع منه ، بخلاف ما لو قال لعبده أعتق هذا العبد عن كفارة يمينك لا يعتق المحاطب تصحيحا لكلام السيد لأن الحرية أصل للتكفير بالمال وأصل الشيء لا يكون تبعا لفرعه ، ولو ثبت اقتضاء لصار تبعا له فامتنع لذلك . لا يقال : ملك الأمر غير مستقر ومثله لا يوجب انفساخ النكاح كالوكيل إذا اشترى زوجته لموكله لا يفسد نكاحه مع ثبوت الملك أولا له . لأننا نقول : الملك ملزوم للانفساخ ، فإذا ثبت ثبت : ألا يرى أن من قال لامرأته الأمة إذا اشتريتك فأنت حرة فاشترائها عتقت وفسد النكاح مع عدم استقرار ملكه وعدم الانفساخ في مسألة الوكيل لعدم ثبوت الملك أولا له بل ابتداء يثبت للموكل في الصحيح كالعبد يتهب يقع الملك لولاه ابتداء وإن وقع للوكيل لكنه يتعلق به حق الموكل حالة ثبوته ، ومثله لا يوجب الفسخ إذ لم يخلص ثبوته ليخلص ثبوت المزموم فيصير قوله أعتق طلب التملك منه بالألف وأمره بإعتاقه عنه ، (وقوله أعتقت تملكها منه) ضمينا للإعتاق الصريح الواقع جوابا . واعلم أنه لو صرح بالبيع فقال بعتك وأعتقته لا يقع عن الأمر بل عن المأمور فيثبت البيع ضمنا في هذه المسئلة ولا يثبت صريحا كبيع الأجنبية في الأرحام ، وهذا لأن الثابت مقتضى يعتبر فيه شروط المتضمن لا شروط نفسه وشروط العتق الأهلية بالملك والعقل وعدم

لصيانة الماء . وقوله (ولا قيمة عليه فيها) ظاهر . وقوله (وإذا كانت الحرة تحت عبد) واضح إلا ألفاظا ننبه عليها . قوله (لصحة العتق عنه) أى عن الأمر . وقوله (أعتق طلب التملك منه) تقديره أعتق عبدك الذى هو لك في الحال عند بيعك لى إياه بطريق الوكالة عنى فيكون أمرا باعتاق عبد الأمر عنه . وقوله أعتقت يكون بمعنى قوله بعتك منك وأعتقته عنك . فإن قيل : لو صرح بالبيع لم يقع العتق إلا عن المأمور بالاتفاق فلا يكون المقتضى أقوى من التصريح به . أجيب بأن الشيء قد يثبت ضمنا وإن لم يثبت صريحا ، كبيع الأجنبية في أرحام الأمهات

ينال : حق الملك يستدعى نوع ملك ، وإلا فلا يكون حق ملك بل حق التملك (قوله تقديره أعتق ، إلى قوله : بطريق الوكالة عنى) أقول : قوله بطريق الوكالة متعلق بقوله أعتق (قوله فإن قيل : لو صرح بالبيع لم يقع العتق إلا عن المأمور) أقول : لانتفاء القبول .

عنه ، وإذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافي بين المالكين (ولو قالت أعتقه غني ولم تسم مالا لم يفسد النكاح والولاء للمعتق) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : هذا والأول سواء لأنه يقدم التمليك بغير عوض تصحيحا لتصرفه ، ويسقط اعتبار القبض كما إذا كان عليه كفارة ظهار فأمر غيره أن يطعم عنه . ولهما أن الهبة من شرطها القبض بالنص فلا يمكن إسقاطه ولا إثباته اقتضاء لأنه فعل حسي ، بخلاف البيع لأنه تصرف

الحجر وهو ثابت في المأمور : فإذا صرح به ثبت بشرط نفسه والبيع لا يتم إلا بالقبول ولم يوجد فيعتق عن نفسه (قوله ولو قالت) ماتقدم كان إذا ذكر^١ مالا مع الأمر . فلو اقتصر على قوله أعتقه غني ففعل المأمور : فعند أبي يوسف يقع عن الأمر ويتضمن الهبة ويسقط اعتبار القبض كما إذا كان عليه كفارة ظهار فأمر غيره أن يطعم عنه ففعل يسقط عن الأمر مع أنه لا قبض هنا منه . وعندهما عن المأمور : وحاصل وجههما أن فيه شرطا لا يمكن إثباته اقتضاء وهو القبض لأنه فعل حسي غير القول ، والفعل الحسي لا يوجد في ضمن القول . ففعل اليد الذي هو الأخذ لا يتصور أن يتضمنه فعل اللسان ويكون موجودا بوجوده . بخلاف القول فإنه يتضمن ضمن قول آخر ويعتبر مراده معه وهذا ظاهر . وقول أبي اليسر قول أبي يوسف أظهر لا يظهر : بخلاف ما فاس عليه لأن الفقير يكون نائبا عن الأمر فيكون قابضا له ، ثم بالاستيفاء يصير قابضا لنفسه ، أما العبد فلا يقع في يده شيء بالعق لم يمكن اعتباره قابضه نيابة أولا بل بالعق تلتف ماليته ، والله أعلم .

يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا . وإذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافي بين المالكين على ما مر في فصل المحرمات عند قوله ولا يزوج المولى أمته ولا المرأة عبدا . فإن قيل : وجب أن لا يبطل النكاح ههنا وإن ثبت ملك العيني لوجهين أحدهما أن الملك ثابت ههنا بطريق الاقتضاء والثابت به ضروري يثبت ضرورة صحة العتق فلا يتعدى إلى فساد النكاح . والثاني أن الملك ههنا كما ثبت يزول حكما للإعتاق . ومثله لا يفسد النكاح كالوكيل بالشراء إذا اشترى منكوحته لموكله لا يفسد النكاح لأن الملك كما ثبت زال . أجيب عن الأول بأن الشيء إذا ثبت ثبت بجميع لوازمه وفساد النكاح لازم من لوازم الملك اللازم للعتق وللازم لازم . وعن الثاني بأن الملك يثبت للموكل ابتداء وهو مختار شمس الأئمة وأبي طاهر الدباس . سلمنا أن الملك يثبت للوكيل ، لكن إنما لا يفسد به النكاح لتعلق حق الغيبة عند الثبوت وهو الموكل وما نحن فيه ليس كذلك . وقوله (لأنه) يعني أبا يوسف (يقدم التمليك بغير عوض تصحيحا لتصرفه) أي لتصرف الأمر لما أن تصحيح كلام العاقل واجب مهما أمكن وقد أمكن ههنا بإسقاط اعتبار القبض لأنه شرط : وقد أمكن ذلك بإسقاط القبول الذي هو الركن ، فلا يمكن بإسقاط الشرط أولى ، فصار (كما إذا كان عليه كفارة ظهار فأمر غيره أن يطعم عنه) ففعل سقط عنه الكفارة من غير تفرقة بين ما إذا كان الطلب بعوض أو بغيره (ولهما أن الهبة من شرطها القبض بالنص) وهو قوله صلى الله عليه وسلم «لا تصح الهبة إلا مقبوضة» (فلا يمكن إسقاطه ولا إثباته اقتضاء) وقوله إسقاطه ولا إثباته إشارة إلى أن فيه طريقتين : أحدهما أن يسقط القبض كما يسقط القبول . والثاني أن يجعل القبض موجودا تقديرا . وقوله (لأنه فعل حسي) يعني أنه

(قال المصنف ولو قالت أعتقه غني ولم تسم مالا لم يفسد النكاح) أقول : فإن قيل : لم لم يقدموا البيع في هذه المسئلة ، فإن ذكر الثمن لا يلزم في انعقاد البيع . قلنا المقصود تصحيح التصرف ، وإذا لم يذكر الثمن ينعقد البيع فاسدا على ما صرحوا به (قوله وقد أمكن ذلك بإسقاط القبول الذي هو الركن) أقول : القبول ركن زائد يوجد البيع بدون كافي في البيع بالتعاطي .

(١) الفصير في قوله (ذكر) واقتصر مذكر باعتبار الشخص ، فإن التاكر والمقتصر في هذه المسئلة هي المرأة كما لا يخفى ، كتبه مصححه .

شرعى ، وفى تلك المسئلة الفقير ينوب عن الأمر فى القبض ، أما العبد فلا يقع فى يده شىء لينوب عنه .

(باب نكاح أهل الشرك)

(باب نكاح أهل الشرك)

لما فرغ من نكاح المسلمين بمرتبة من الأحرار والأرقاء شرع فى بيان نكاح الكفار مطلقا كتابيين أو غيرهم ، وهو المراد بأهل الشرك إما تغليا وإما ذهابا إلى أن أهل الكتاب داخلون فى المشركين على ما اختاره بعض الصحابة وقد قدمناه فى فصل المحرمات . وإما إطلاقا للمشركين عليهم باعتبار قول طائفة منهم عزير ابن الله والمسيح ابن الله ، تعالى الله ربّ العزة والكبرياء عن ذلك . وقدمنا أنه إنما أعقب باب المهر بفصل مهوور الكفار تسميا لباب المهر تبعا . واعلم أن كل نكاح صحيح فى حق المسلمين فهو صحيح إذا تحقق بين أهل الكفر لتظافر الاعتقادين على صحته ولعموم الرسالة ، فحيث وقع من الكفار على وفق الشرع العام وجب الحكم بصحته ، وبه قال الشافعى وأحمد . وقال مالك : لاتصح أنكحتهم بناء على تناول الخطاب العام إياهم مع ملزومية أنكحتهم لعدم بعض الشروط كالولاية وشهادة المسلمين . واستشكله بعض المالكية لثبوت ولاية الكافر على الكافر ، ولعدم اشتراط الشهادة فى العقد عندهم . قال : ولو قلنا إنها شرط فإذا عقده جماعة من المسلمين ينبغى أن يصح لكنهم يطلقون عدم الصحة . قال : فينبغى أن يقال ماصادف شروط الصحة فهو صحيح ومالا ففاسد . ولنا قوله تعالى - وأمرأته حمالة الحطب - وقوله صلى الله عليه وسلم « ولدت من نكاح لامن سفاح » وأسلم فيروز على أختين فقال صلى الله عليه وسلم « اختر إحداهما » وأسلم ابن غيلان على عشر فقال له صلى الله عليه وسلم « أمسك أربعا » الحديث . ومن حين ظهرت دعوته صلى الله عليه وسلم . والناس يتواردون الإسلام إلى أن توفى صلى الله عليه وسلم على ما قيل عن سبعين ألف مسلم غير النساء ، ولم ينقل قط أن أهل بيت جدوا أنكحتهم بطريق صحيح ولا

ليس من جنس القول فلا يمكن أن يكون ثابتا فى ضمن قوله أعتقت هذا بالنسبة إلى الإثبات ، وأما بالنسبة إلى الإسقاط فيقال لأنه فعل حسى ، والفعل الحسى لا يمكن اعتبار سقوطه ، بخلاف البيع فإنه تصرف شرعى فيصح أن يثبت فى ضمنه . قوله (وفى تلك المسئلة) أى مسألة الأمر بالإطعام (الفقير ينوب عن الأمر فى القبض) كالفقير فى باب الزكاة ينوب قبضه عن الله تعالى ثم يصير قابضا لنفسه (أما العبد فلا يقع فى يده شىء) لأن الإعتاق إتلاف للملك ، وتام تقرير هذه المسئلة يطلب فى التقرير .

(باب نكاح أهل الشرك)

لما ذكر باب نكاح الرقيق للمناسبة التى ذكرنا من هو أدون منزلة وأخس منهم رتبة وهم أهل الشرك الذين لا كتاب لهم)

(باب نكاح أهل الشرك)

(قوله لما ذكر باب نكاح الرقيق ، إلى قوله : وأخس منهم رتبة الخ) أقول : قال الله تعالى - ولعبد مؤمن خير من مشرك - (قوله وهم أهل الشرك الذين لا كتاب لهم) أقول : بل المراد من أهل الشرك الكافر مطلقا بطريق التغليب لعموم الأحكام المذكورة .

(وإذا تزوج الكافر بلا شهود أو في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم أسلما أقرأ عليه) وهذا عند أبي حنيفة وقال زفر : النكاح فاسد في الوجهين إلا أنه لا يتعرض لهم قبل الإسلام والمرافعة إلى الحكام . وقال أبو يوسف ومحمد في الوجه الأول كما قال أبو حنيفة . وفي الوجه الثاني كما قال زفر . له أن الخطابات عامة على مامر من قبل فتلزمهم ، وإنما لا يتعرض لهم لذمتهم إعراضا لا تقريرا ، فإذا ترافعوا أو أسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق . ولهما أن حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها ، وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيها ولم يلتزموا أحكامنا بجميع الاختلافات .

ضعيف ، ولو كان لقضت العادة بنقله ، فعلم أنه قول باطل (وقوله وإذا تزوج الكافر بغير شهود أو في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم أسلما أقرأ عليه ، وهذا عند أبي حنيفة . وقال زفر : النكاح فاسد في الوجهين) أي النكاح بغير شهود وفي عدة كافر (إلا أنا لا نتعرض لهم قبل الإسلام أو المرافعة إلى الحكام) فالأول بمعنى أو (وقال أبو يوسف ومحمد في الوجه الأول) وهو النكاح بلا شهود (كما قال أبو حنيفة وفي الوجه الثاني) وهو ما في عدة كافر (كما قال زفر . لزفر أن الخطابات عامة على مامر) في الفصل الذي بذيل باب المهر من وجوب ثبوت الحكم على العموم لعموم الخطابات وهم مخاطبون بالمعاملات والنكاح منها (وإنما لا يتعرض لهم لذمتهم إعراضا لا تقريرا ، فإذا ترافعوا أو أسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق) لقوله تعالى - وأن احكم بينهم بما أنزل الله - ولهما

(فإذا تزوج الكافر بغير شهود أو في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم أسلما أقرأ عليه) قيد بعدة كافر لأنه لو كان في عدة مسلم كان النكاح فاسدا بالإجماع كذا قيل ، وفيه نظر لأن كلامنا في أهل الشرك ، ولا يجوز للمسلم نكاح المشركة حتى تكون في عدته ، ويجوز أن يصور بأن أشركت بعد الطلاق والعياذ بالله وهي في عدة المسلم (وهذا عند أبي حنيفة . وقال زفر : النكاح فاسد في الوجهين ، إلا أنه لا يتعرض لهم قبل الإسلام والمرافعة إلى الحكام . وقال أبو يوسف ومحمد في الوجه الأول) وهو التزوج بغير شهود (كما قال أبو حنيفة . وفي الوجه الثاني) وهو التزوج في عدة كافر آخر (كما قال زفر) قال زفر (الخطابات) كقوله صلى الله عليه وسلم « لا نكاح إلا بشهود » ونحوه (عامة كما مر من قبل فتلزمهم . وإنما لا يتعرض لهم لذمتهم إعراضا) كما تركناهم وعبادة الصنم إعراضا (لا تقريرا ، فإذا ترافعوا أو أسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق عملا بقوله تعالى - وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم -) ولهما أن حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيها (فإن مالكا وابن أبي ليلى يجوزانه (ولم يلتزموا أحكامنا بجميع الاختلافات) ولكننا

(قوله وفيه نظر لأن كلامنا الخ) أقول : النظر مدفوع بما قلنا (قوله ويجوز أن يصور الخ) أقول : ويمكن أن يتصور ذلك بأن تكون كتابية تحت مسلم فطلقها فتزوجها مشرك لا كتاب له في عدته وذلك في دينه جائز فإنه فاسد (قوله بأن أشركت بعد الطلاق الخ) أقول : فإن قيل : فحينئذ تكون مرتدة لا يجوز نكاحها . قلنا : لا يضرنا ، غايته أن يكون عدم جوازه معللا بعلة (قوله كما مر من قبل) أقول : في فصل بذيل باب المهر (قال المصنف : فإذا ترافعوا أو أسلموا والحرمة قائمة) أقول : قال تاج الشريعة : أي العدة باقية حالة المرافعة ، أما إذا كانت العدة منقضية لا يفرق بالإجماع اهـ . فيه بحث ، فإنه إذا انعقد فاسدا لا ينقلب جائزا على ما علم من أصل زفر في البيع الفاسد وغيره . قال المصنف (ولهما أن حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها) أقول : قال الزيلعي : والخلاف في صحة نكاحهم في العدة بناء على أن العدة تجب عندها ، وعنده لا تجب حتى لا يثبت له الرجعة ، ولا يثبت نسب ولدها إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر . وقيل تجب عنده لكنها لا تمنع من صحة النكاح لضعفها كالاستبراء اهـ .

ولأبي حنيفة أن الحرمة لا يمكن إثباتها حقا للشرع لأنهم لا يخاطبون بحقوقه، ولا وجه إلى إيجاب العدة حقا للزوج لأنه لا يعتقده، بخلاف ما إذا كانت تحت مسلم لأنه يعتقده، وإذا صح النكاح فحالة المرافعة والإسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها، وكذا العدة لا تنافيا كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة

وهو الفرق أن نكاح المعتدة مجمع على بطلانه عندنا فكانوا ملتزمين لها على ما مر هناك أيضا من أن مذهبهما أن أهل الذمة التزموا أحكامنا فيما يرجع إلى المعاملات وهذا تقييد له حيث أفاد أنهم التزموا المجمع عليه في ملتنا لا مطلقا (قوله ولأبي حنيفة أن الحرمة) أي حرمة النكاح بغير شهود ونكاح المعتدة (لا يمكن إثباتها حقا للشرع) أي الشارع (لأنهم لا يخاطبون بحقوقه، ولا وجه إلى إيجاب العدة حقا للزوج لأنه لا يعتقده، بخلاف ما إذا كانت) الكتابية (تحت مسلم) طلقها فإنه تجب العدة حقا له (لأنه يعتقده) فلا يصح نكاح هذه الكتابية فيها (وإذا صح النكاح) حال صدوره (فحال المرافعة والإسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها) بل في ابتداء العقد لصحته (وكذا العدة لا تنافيا) أي لا تنافي حالة بقاء العقد (كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة) حيث يثبت وجوب العدة عليها حال قيام النكاح مع زوجها وحرمتها عليه، وهذا التقرير يفيد أن العدة لا تجب أصلا عنده حتى لا يثبت للزوج الرجعة بمجرد طلاقها لأنه إنما يملكها في العدة، ولا يثبت نسب ولدها إذا أتت به بعد الطلاق لأقل من ستة أشهر. وبه قالت طائفة من المشايخ. وقيل تجب عدة لكنها ضعيفة لا تمنع من صحة النكاح لضعفها كالاستبراء يجوز تزويج الأمة في حال قيام وجوبه على السيد. وقيل الأليق الأول لما عرف من وجوب تركهم وما يدينون به: وفيه نظر

لا نتعرض لهم لمكان عقد الذمة، فإذا ترافعا أو أحدهما أو أسلم والعدة غير منقضية فرق بينهما كما في نكاح المحارم. وأما إذا كان الإسلام والمرافعة بعد انقضائها فلا نفرق بينهما بالإجماع. ولأبي حنيفة أن حرمة النكاح إنما هي للعدة لكونه نكاح المنكوحة من وجه. وثبوت العدة إما أن يكون للشرع أو للزوج لا سبيل إلى الأول (لأنهم لا يخاطبون بحقوقه) ولهذا لا يتعرض لهم في الحمر والخنزير، ولا إلى الثاني (لأنه لا يعتقده) لأن هذا الوضع على ذلك الفرض وكأن النكاح وقع ابتداء صحيحا لوجود المقتضى وهو صدور الركن من أهله مضافا إلى محله وانتهاء المانع (بخلاف ما إذا كانت تحت مسلم) فإن المانع متحقق وهو اعتقاد الحرمة، وإذا صح ابتداء لا يرتفع بالإسلام والمرافعة لأن ذلك حالة البقاء (والشهادة ليست شرطا فيها) ولهذا لو مات الشهود لم يبطل النكاح (وكذا العدة لا تنافي حالة البقاء كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة) يجب عليها العدة صيانة لحق الواطئ ولا يبطل النكاح القائم:

وأنت خير بأنه لا يظهر وجه عدم ثبوت النسب على القول الأول (قال المصنف: لأنهم لا يخاطبون بحقوقه الخ) أقول: قال ابن الهمام: وهذا التقرير يفيد أن العدة لا تجب أصلا عنده حتى لا يثبت للزوج الرجعة بمجرد طلاقها، لأنه إنما يملكها في العدة ولا يثبت نسب ولدها إذا أتت به بعد الطلاق لأقل من ستة أشهر، وبه قالت طائفة من المشايخ، وقيل تجب عدة لكنها ضعيفة لا تمنع صحة النكاح لضعفها كالاستبراء يجوز تزويج الأمة في حال قيام وجوبه على السيد اه. وأشار المصنف إلى هذا أيضا في تمة التعليل، لكنهم صرحوا في باب المحرمات أنه مستحب لا واجب فليتأمل، ثم في قوله لأقل من ستة أشهر بحث (قال المصنف: لأنه لا يعتقده) أقول: قال الإقناني: أي لا يعتقده الكافر العدة وتذكير الضمير على تأويل الاعتداد اه. والأحسن أن يقال: الضمير راجع إلى وجوب العدة المدلول عليه بسياق الكلام (قال المصنف: وإذا صح النكاح فحالة المرافعة الخ) أقول: قال الزيلعي: وفي النهاية معزيا إلى المبسوط أن الاختلاف بينهما فيما إذا كانت المرافعة أو الإسلام والعدة غير منقضية، وأما إذا كانت المرافعة والإسلام بعد انقضاء العدة لا يفرق بالإجماع اه. وفي كلام المصنف وكذا العدة الخ إشارة إلى ذلك (قوله بخلاف ما إذا كانت تحت مسلم الخ) أقول: يلزم على ما اختاره الشارح أن تكون المشتركة تحت المسلم

(فإذا تزوج المجوسى أمه أو ابنته ثم أسلما فرّق بينهما) لأن نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا فى العدة ووجب التعرض بالإسلام فيفرق . وعنده له حكم الصحة

لأن تركهم تحرزا عن الغدر لعقد الذمة لا يستلزم صحة ما تركوا وإياه كالكفر تركوا وإياه وهو الباطل الأعظم ، ولو سلم لم يستلزم عدم ثبوت النسب فى الصورة المذكورة لجواز أن يقال لا تجب ، وإذا علم من له الولد بطريق آخر وجب إلحاقه به بعد كونه عن فراش صحيح : ومجيئها به لأقل من ستة أشهر من الطلاق مما يفيد ذلك فيلتحق به وهم لم ينقلوا عن أى حنيفة ثبوته ولا عدمه ، بل اختلفوا أن قوله بالصحة بناء على عدم وجوبها فيتفرع عليه ذلك أولا فلا ، قلنا أن نقول بعدمها وينتد النسب فى الصورة المذكورة . وفى المبسوط أن الخلاف بينهم فيما إذا كانت المرافعة أو الإسلام والعدة قائمة : أما إذا كان بعد انتقضائها فلا يفرق بالإجماع . ثم هنا نظران : الأول مقتضى توجيه أى حنيفة أن الكفار لا مخاطبون بالمعاملات ، وهو خلاف ما ذكره المشايخ فى الأصول من أن الاتفاق على أنهم مخاطبون بها فى أحكام الدنيا ، والمسألة ليست محفوظة عن المتقدمين وإنما استنبطها مشايخ بخارى من بعض تفريعاتهم ، كمن نذر صوم شهر ثم ارتد ثم أسلم لا يلزمه النذر بعد ذلك : والعراقيون على أنهم مخاطبون بالكل . وإنما قلنا إنه خلافه لأن النكاح من المعاملات . وكونه من حقوق الشرع لا ينافى كونه معاملة فيلزم اتفاق الثلاثة على أنهم مخاطبون بأحكام النكاح ، غير أن حكم الخطاب إنما يثبت فى حق المكلف ببلوغه إليه ، والشهرة تنزل منزلته وهى متحققة فى حق أهل الذمة دون أهل الحرب فقطضى النظر التفصيل . الثانى أن نرى أى حنيفة العدة هنا إنما هو فيما إذا كانوا يعتقدون عدمها ، ومقتضاه إذا كانوا يعتقدون وجوبها أن لا يصح ، ويجب التجديد بعد الإسلام لأنه حين وقع كان باطلا فيلزم فى المهاجرة لزوم العدة إذا كانوا يعتقدون لأن المضاف إلى تابين الدار الفرق لا نرى العدة . وتعليل النفى هناك بقول المصنف لأنها وجبت إظهارا لخطر النكاح السابق ، ولا خطر الملك الحرنى بالآية . قد يشكل عليه بقاء ملكه للنكاح إذا سبى الزوجان معا : وسند كرهه تنمة (قوله فإذا تزوج مجوسى أمه أو بنته) أو مطلقة ثلاثا أو جمع بين خمس أو أختين فى عقد (ثم أسلما) أو أحدهما (فرق بينهما) إجماعا (لأن نكاح المحارم) وما معه (له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا) يعنى فى قوله فى المسألة التى قبلها أن

وهذا كما ترى يشير إلى أن العدة لا تجب عن الكافر وهو الأصح : وقال بعضهم : تجب لكنها ضعيفة لا تمنع للنكاح بناء على اعتقادهم كالأستبراء فيما بين المسلمين فكان النكاح صحيحا فى الابتداء وحالة الإسلام والمرافعة حالة بقاء وهى لا تستلزم الشروط ولا تنافى العدة على ما قلنا . فإن تزوج المجوسى إحدى محارمه أو خامسة ثم أسلم أحدهما أو ترافعا فرق بينهما : وما دام على الكفر ولم يترافعا لا يتعرض لهما وهذا بالاتفاق ، لكن عندهما باعتبار أن لنكاح المحارم حكم البطلان فيما بينهم لكونه مجمعا عليه كما فى المعتدة ، وإذا أسلم وجب التعرض به والتفريق :

(قوله وهذا كما ترى يشير إلى أن العدة لا تجب عن الكافر الخ) أقول : يعنى قوله إن الحرمة لا يمكن إثباتها ، إلى قوله : بخلاف ما إذا كانت تحت مسلم . ثم أقول : أنت خير بأن قوله وكذا العدة الخ يشير إلى وجوبها ، فالمصنف جمع بين القولين حيث جعل أول التعليل بتعليل البعض وآتم آخره بتعليل البعض الآخر ، كذا فى النهاية ، وقد سنح لحاظى قبل أن أراه وقد المنة (قوله وقال بعضهم : تجب لكنها ضعيفة لا تمنع النكاح بناء على اعتقادهم كالأستبراء فيما بين المسلمين الخ) أتول : لكن صرح النازح وغيره فى باب الحرمان بأن أستبراء السيد ليس بواجب بل مستحب ، وأن لفظة على بمعنى الاستجاب ، إلا أن يقال : التشبيه بالأستبراء ليس إلا فعدم منع النكاح دون الوجوب فليتأمل

في الصحيح إلا أن المحرمة تنافي بقاء النكاح فيفرق، بخلاف العدة لأنها لاتنافيه، ثم بإسلام أحدهما يفرق بينهما بمرافعة أحدهما لا يفرق عنده خلافا لهما، والفرق أن استحقاق أحدهما لا يبطل بمرافعة صاحبه إذ لا يتغير به اعتقاده، أما اعتقاد المصّر لا يعارض إسلام المسلم لأن الإسلام يعلو ولا يعلى، ولو ترافعا يفرق بالإجماع،

أهل الذمة ألزموا المجمع عليه عندنا، وهذه الأنكحة مجمع على بطلانها فيلزم حكمها، وعلى ما حققنا من أن الكفار إما مخاطبون بالكل تقول العراقيين أو بالمعاملات كقول البخاريين يجب الاتفاق بين الثلاثة على أن له حكم البطلان باعتبار شيوع خطابات الأحكام في دارنا فتجعل نازلة في حقهم، إثم ليس في وسع المبلغ سوى إشاعته دون أن يوصله إلى كل واحد، غير أنا تركناهم وما يدينون بأمر الشرع، فإذا أسلما أو أسلم أحدهما وجب التفريق. وأما على ما اختاره القاضي أبو زيد وأتباعه وجعله المصنف وغيره الصحيح من أن له حكم الصحة عنده حتى تجب النفقة إذا طلبت ولا يسقط إحصانه بالدخول فيه، حتى لو أسلم فقدفه إنسان يحد خلافا لمشايخ العراق القدوري وغيره فإنهم لا يوجبون النفقة والإحصان بناء على أن الخطاب غير نازل في حقهم لإنكارهم مع عدم ولاية الإلزام، فلأن المحرمة تنافي البقاء كما تنافي الابتداء لكونها عدم المحل؛ وأنت علمت أن هذا كله خلاف مقتضى النظر كما ينبغي أن يكون هو الوجه المختار، وإنما يصح ذلك في الحريين لعدم شيوع الخطاب في دار الحرب ولأنه لا يبلغهم فلا يثبت حكمه في حقهم فيجب التعليل بمنافاة المحرمة كما ذكرناه. وأما إذا ترافعا فعلى الاعتبارين يفرق بينهما لأنهما رضا بحكم الإسلام فالقاضي كالحكم. وأما بمرافعة أحدهما فقالا كذلك يفرق كإسلام أحدهما. وعند أبي حنيفة لا للفرق بين إسلام أحدهما ورفع له لأن بإسلام أحدهما ظهرت حرمة الآخر عليه لتغير اعتقاده (واعتقاد المصّر لا يعارض إسلام المسلم لأن الإسلام يعلو ولا يعلى) بخلاف مرافعة أحدهما ورضاه فإنه لا يتغير به اعتقاد الآخر فبقى الأمر الشرعي بعدم التعرض له بلا معارض. والأوجه تخرج الخلاف في مرافعة أحدهما على الخلاف في أنه حين صدر كان باطلا عندهما، لكن ترك التعرض للوفاء بالذمة، فإذا انقاد أحدهما لحكم الإسلام كان كإسلامه وعنده كان صحيحا، ورفع أحدهما لا يرجحه على الآخر في إبطال استحقاقه بل يعارضه الآخر فيبقى الحكم على الصحة، هذا كله بعد الإسلام أو المرافعة، أما إذا لم يكن أحدهما فلا تفريق إلا في قول أبي يوسف الآخر على ما في المبسوط في الذميين أنه يفرق إذا علم ذلك. لما روى: أن عمر كتب إلى

وكذلك بالمرافعة، وأما عنده فله حكم الصحة في الصحيح بناء على ما ذكرنا أن الحرمة إما أن تكون للشرع أوللزوج الخ. وقوله (في الصحيح) احتراز عن قول مشايخ العراق إن له حكم الفساد عنده لأنه لو كان له حكم الصحة لما فرق بينهما في البقاء. وقوله (إلا أن المحرمة) جواب عن هذا التشكيك. ووجهه أن المحرمة (تنافي بقاء النكاح) كما لو اعترضت على نكاح المسلمين برضاع أو مصاهرة (يفرق) بينهما (بخلاف العدة لأنها لاتنافيه) كما مر (ثم بإسلام أحدهما يفرق بينهما) بالاتفاق (و) كذلك (بمرافعة أحدهما) وطلب حكم الإسلام عندهما لأن إسلام أحدهما كإسلامهما في جواز التفريق فكذلك رفع أحدهما يكون كرفعهما لأنه برفعه انقاد لحكم الإسلام كما إذا أسلم. وأما عند أبي حنيفة فلا يفرق برفع أحدهما لأن الآخر قد استحق بقاءه هذا النكاح واستحقاقه لا يبطل بمرافعة الآخر (إذ لا يتغير به اعتقاده) بل يعارضه بخلاف الإسلام فإن اعتقاد المصّر لا يعارض إسلام المسلم

(قوله أو للزوج الخ) أقول: فيه أن هذا غير محتمل هنا (قال المصنف: إذ لا يتغير به) أقول: ذكر ضمير المرافعة على تأويل الرفع

لأن مرافعتهم كتحكيمهما (ولا يجوز أن يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة ولا مرتدة) لأنه مستحق للقتل والإمهال ضرورة التأمل والنكاح يشغله عنه فلا يشرع في حقه (وكذا المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كافر) لأنها محبوسة للتأمل وخدمة الزوج تشغلها عنه، ولأنه لا ينتظم بينهما المصالح، والنكاح مآشر لعينه بل لمصالحه (فإن كان أحد الزوجين مسلماً فالولد على دينه، وكذلك إن أسلم أحدهما وله ولد صغير صار ولده مسلماً بإسلامه)

عماله : أن فرقوا بين المحبوس ومخارمهم . أوجب بأنه غير مشهور بل المعروف ما كتب عمر بن عبد العزيز إلى الحسن البصري : ما بال الخلفاء الراشدين تركوا أهل الذمة وما هم عليه من نكاح المحارم واقتناء الخمر والحنازير ، فكتب إليه : إنما بذلوا الجزية ليركوا وما يعتقدون ، وإنما أنت متبع ولست بمبتدع والسلام . ولأن الولاية والقضاة من وقت الفتوحات إلى يومنا هذا لم يشتغل أحد منهم بذلك مع علمهم بمباشرتهم ذلك فحل محل الإجماع . وفي الغاية معزيا إلى المحيط : لو طلبت المطلقة ثلاثا التفريق يفرق بينهما ، وكذا في الخلع : يعني إذا اختلعت من زوجها الذي ثم أمسكها فرفعت إلى الحاكم فإنه يفرق بينهما لأن إمساكها ظلم وما أعطيناهم العهد على تقريرهم على الظلم ، وكذا في المطلقة الثلاث لأنهم يعتقدون أن الطلاق مزيل للملك وإن لم يعتقدوا خصوص عدد . وفي النهاية لو تزوج أختين في عقدة ثم فارق إحدهما ثم أسلم أن الباقية نكاحها على الصحة حتى أقرأ عليه اهـ . وينبغي على قول مشايخ العراق وما ذكرنا من التحقيق أن يفرق لوقوع العقد فاسدا ووجب التعرض بالإسلام (قوله ولا يجوز أن يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة) أما المسلمة فظاهر لأنها لا تكون تحت كافر . وأما الكافر فلأنه مقتول معنى ، وكذا المرتدة لا تزوج أصلا لأنها محبوسة للتأمل ، ومناطق المنع مطلقا عدم انتظام مقاصد النكاح وهو لم يشرع إلا لها فكان أحق بالمنع من منع تزوج المرأة عبدها وبالعكس (قوله فإن كان أحد الزوجين مسلماً فالولد على دينه) يتحقق من الطرفين في الإسلام العارض بأن كانا كافرين فأسلمت أو أسلم ثم جاءت بولد قبل العرض على الآخر والتفريق أو بعده في مدة يثبت النسب في مثلهما أو كان بينهما ولد صغير قبل إسلام أحدهما فإنه بإسلام أحدهما صار ذلك الولد مسلماً ، هذا إذا كانا في دار واحدة ، أما لو تباينت دارهما بأن كان الأب في دار الإسلام والولد في دار الحرب أو على العكس فإنه لا يصير مسلماً بإسلام أبيه ، وسند كرها في السير في فصل من باب المستأمن إن شاء الله تعالى . وأما في الإسلام الأصلي فإنه إنما يتحقق بأن تكون الأم كناية والأب مسلم ، فاجاءت به فهو مسلم ، وحينئذ لا حاجة إلى التنصيص على هذه المسئلة بقوله وكذلك إذا أسلم أحدهما الخ ، فإنها داخلة في عموم الأولى ومن أفرادها ، وهذه إجماعية فقسنا عليها ما إذا كان أحدهما كناية والآخر مجوسيا ، أما أبو فحكنا

إذ الإسلام يعلو ولا يعلى ، وأما إذا ترافعا فلا بد من التفريق بينهما بالإجماع (لأن مرافعتهم كتحكيمهما) ولو حكما رجلا وطلبا منه حكم الإسلام له أن يفرق بينهما فالقاضي أولى بذلك لعموم ولايته . وقوله (ولا يجوز أن يتزوج المرتد) واضح . وقوله (بل لمصالحه) يريد به السكنى والازدواج والتوالد والتناسل . وقوله (فإن كان أحد الزوجين مسلماً فالولد على دينه) قيل كيف يصح هذا التعميم ولا وجود لنكاح المسلمة مع كافر أي كافر كان . وأوجب بأن هذا محمول على حالة البقاء بأن أسلمت المرأة ولم يعرض الإسلام على الزوج بعد فجاءت بولد .

(قوله وأوجب بأن هذا محمول على حالة البقاء بأن أسلمت المرأة ولم يعرض الخ) أقول : هذا الحكم يستفاد من قوله وكذا إذا أسلم أحدهما بطريق الدلالة كما لا يخفى ، ولا يبعد أن يقال : محمل المسئلة ما إذا تزوج الكافر بالمسلمة بالقهر والغلبة كما وقع في الفتن التتارية ، عليهم

لأن في جعله تبعاً له (ولو كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا فالولد كتابي) لأن فيه نوع "نظر له إذ المجوسية شر، والشافعي يخالفنا فيه للتعارض ونحن بينا الترجيح (وإذا أسلمت المرأة وزوجها كافر عرض عليه الإسلام

بأن الولد كتابي بجامع الأنظر للولد في الدنيا بالاقتراب من المسلمين بالأحكام من حل الذبيحة والمناكحة ، وفي الأخرى بتقصان العقاب إذ الكتابية أخف شراً من المجوسية فيثبت الولد كذلك ويتبعه في الأحكام (والشافعي يخالفنا فيه) أى فيما إذا كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا فيقول فيما إذا كان الأب كتابيا والأم مجوسية إنه مجوسى في أصبح قوله ، وبه قال أحمد تغليبا للتحريم . وقوله الآخر إنه كتابي تبعاً لأبيه ، وبه قال مالك لأن الانتساب إلى الأب ولو كانت الأم كتابية والأب مجوسى فهو تبع له قولاً واحداً فلا تحل مناكحته ولا ذبيحته فقد جعله مجوسيا مطلقاً . وقوله للتعارض ، أى تعارض الإلحاقين : أى الإلحاق بأحدهما يوجب الحرمة وبالأخرى يوجب الحل فيغلب موجب الحرمة وهو بالإلحاق بالمجوسى (ونحن بينا الترجيح) بالقياس بجامعه ، وهذه الأحكام إنما تثبت تبعاً ، والمقصود الأصلي إثبات ديانته على وجه النظر له على ما بينا . وأيضاً قوله صلى الله عليه وسلم « كل مولود يولد على الفطرة حتى يكون أبواه هما اللذان يهودانه » الحديث ، جعل اتفاقهما ناقلاً له عن الفطرة . فإذا لم يتفقا بقى على أصل الفطرة أو على ما هو أقرب إلى أصل الفطرة كذا قيل ، ولا يخفى ما فيه . وأما ما قيل في ترجيح ترجيحنا على ترجيح الشافعي بأن ترجيحه يرفع التعارض وترجيحنا يدفعه فلا حاصل له إذا تأملت . واعلم أن التعارض هنا تجوز . فإن ثبوته بثبوت المتعارضين مستلزمين لحكمهما وليس هنا إلا ثبوت حكم على تقدير اعتبار ، وضده على تقدير آخر ، فلما اشترك مع المعارضة في ترجيح أحدهما بالقول به سمي تعارضاً ، وإلا فالتعارض تقابل الحجتين على السواء وليس هنا حجة فضلاً عن ثنتين (قوله وإذا أسلمت المرأة وزوجها كافر) سواء كان كتابيا أو غيره ، إذ لا يصح تزوج الكافر مطلقاً مسلمة ، ولو وقع عوقب وعوقبت أيضاً إن كانت عاتمة بحاله والساعى بينهما أيضاً امرأة أو رجلاً ، ولا يصير به ناقضاً لعهد إن كان ذمياً فلا يقتل خلافاً لمالك ؛ فاسه على ما إذا جعل نفسه طليعة للمشركين بجامع أنه باشر ما ضمن بعقد الزمة أن لا يفعله . قلنا : كإلزام المسلم بالإسلام أن لا يفعل محظوره ، وبفعله لا يصير شرعاً ناقضاً لإيمانه بفعل الذى ما التزم بعقد الزمة أن لا يفعله لا يصير ناقضاً لأمانه ، وقتل الطليعة لأنه محارب معنى ، ولو أسلم بعد النكاح لا يقرآن عليه ولا يلحقه إجازة لأنه وقع باطلاً . وقال في إسلام الرجل ونحوه مجوسية لأن كفر المرأة مطلقاً لا يمنع تزوج المسلم بل غير الكتابية فهذا

وقوله (والشافعي يخالفنا فيه) أى في جعل الولد تبعاً للكتابي (للتعارض) جعله تبعاً للكتابي يوجب حل الذبيحة والنكاح ، وجعله تبعاً للمجوسى يوجب حرمة ذلك فوقع التعارض إذ الكفر ملة واحدة والرجح للمحرم (ونحن بينا الترجيح) وهو قوله لأن فيه نوع نظر . فإن قلت : على ما ذكرت كل واحد منا ومن الخصم ذهب إلى نوع ترجيح فمن أين تقوم الحجة ؟ قلنا ترجيحنا يدفع التعارض وترجيحه يرفعه بعد وقوعه والدفع أولى من الرفع لأن كم من واقع لا يرفع . قال (وإذا أسلمت المرأة وزوجها كافر) أطلق الكفر في قوله وزوجها كافر لعدم بقاء نكاح المسلمة مع كافر أى كافر كان ؛ وقيد الزوجة بالمجوسية لأنها إن كانت كتابية فلا عرض ولا

لما نكح الله تعالى (قوله إذ الكفر ملة واحدة الخ) أقول : فيه بحث ، فإن ذلك عندنا ، وأما عنده فليس شئ ، والتفصيل في باب المرتدين من الكفار وغيره على أن إثبات المدعى لا يتوقف عليه حتى يعمل به ، فإنه لا يمكن أن يقال : أحدهما خير من الآخر حتى يترجح به .

فإن أسلم فهي امرأته ، وإن أبي فرق القاضي بينهما ، وكان ذلك طلاقاً عند أبي حنيفة ومحمد ، وإن أسلم الزوج وتحته محوسية عرض عليها الإسلام ، فإن أسلمت فهي امرأته ، وإن أبت فرق القاضي بينهما ولم تكن الفرقة طلاقاً وقال أبو يوسف ؛ لا تكون الفرقة طلاقاً في الوجهين ، أما العرض فذهبنا ، وقال الشافعي : لا يعرض الإسلام لأن فيه تعرضاً لهم وقد ضمنا بعقد البتة أن لا نتعرض لهم ، إلا أن ملك النكاح قبل الدخول غير متأكد فينقطع بنفس الإسلام ، وبعده متأكد فيتأجل إلى انقضاء ثلاث حيض كما في الطلاق .

فرضها في المحوسية . وحاصل المسئلة أنه إذا أسلم أحد الزوجين اللذين هما مجرسيان أو الزوجة منهما محوسية والزوج كتاباً أو الزوجة من الكتابيين أو الزوجة الكتابية والزوج محوسى عرض على المصّر الإسلام إذا كان بالغاً أو صبيّاً يعقل الأديان لأن ردة متبيرة فكذا إباؤه والنكاح قائم ، فإن أبي فرق بينهما ، وإن كان الصبي مجنوناً عرض على أبويه ، وينبغي أن يكون معنى هذا أن أتى الأبوين أسلم بقي النكاح لأنه يتبع المسلم منهما وإن لم يكن مجنوناً لكنه لا يعقل الأديان بعد انتظار عقله لأن له غاية معلومة ، بخلاف الجنون ، هذا على قولهما . أما على قول أبي يوسف فاختلف المشايخ في إباء الصبي ، قيل لا يعتبر كما لا تعتبر ردة عنده ، وقيل يعتبر ، وصححه بعضهم وفرق بينه وبين الردة وحكم الصبية كالصبي وما لم يفرق القاضي هي امرأته حتى لو مات الزوج قبل أن تسلم امرأته الكافرة وجب لها المهر وإن لم يدخل بها لأن النكاح كان قائماً ويقرر بالموت . وقال الشافعي : لا يعرض على المصّر لأنه تعرض منهى عنه ، بل إن كان الإسلام قبل الدخول انقطع النكاح في الحال لعدم تأكده وإن كان بعده تأجل إلى انقضاء ثلاثة أطهار . وقول المصنف ثلاث حيض لا يتأتى على مذهبه في العدة ، فإن لم يسلم تزوجت . قلنا : اعتبار انقضاء العدة قبل الفرقة وإضافة انقطاع النكاح إلى الإسلام لا نظير له في الشرع ولا أصل يلحق به قياساً بجامع صحيح ولا سمى يفيد ، بل الثابت شرعاً اعتبار العدة بعد الفرقة . ولنا أنه لا بد من سبب تضاف الفرقة إليه والإسلام عاصم . قال صلى الله عليه وسلم « فإذا قالوها فقد عصموا مني دماءهم وأموالهم » واختلاف الدين مستقضى بزواج المسلم كتابية ، ولأنه يرجع إلى إسلام المسلم لأنه الذي به حصل الاختلاف ، وكفر المصّر لا يمنع وإلا لم يصح النكاح من الأصل فلم يبق إلا إباء الإسلام لأنه يصلح قاطعاً فأضفنا انقطاع النكاح إليه فكان هو المناسب . وفي الموطأ عن ابن شهاب الزهري أن ابنة الوليد بن المغيرة كانت تحت صفوان بن أمية فأسلمت يوم الفتح وهرب زوجها صفوان بن أمية من الإسلام فلم يفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينه وبين امرأته حتى أسلم صفوان واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح والتعرض الممتنع الجبر ، أما نفس الكلام معه تخيراً لا يمتنع ولأنه استعمال حكم شرعى هل نزل بالمرأة أو لا ، ثم تأيد بما ذكره الطحاوي وابن العربي في المعارضة أن عمر فرق بين نصراني وبين نصرانية بإيائه عن الإسلام . وذكر أصحابنا أن رجلاً من تغلب أسلمت امرأته وهي نصرانية فرفعت إلى عمر بن الخطاب فقال له أسلم وإلا فرقت بينكما فأبى ، ففرق بينهما ، وظهر حكمه بينهم ، ولم ينقل خلاف أحد له (قوله وكان ذلك) يعنى تفريق القاضي عند إباء الزوج (طلاقاً) بائناً . والحاصل أن أبا يوسف لا يفرق بين التفريق في الصورتين

تفريق وكلامه واضح . وقوله (كما في الطلاق) يريد أن نفس الطلاق قبل الدخول يرفع النكاح وبعده لا يرفع إلا بعد انقضاء العدة . وقوله (إلى انقضاء ثلاث حيض) ليس بصواب لأن العدة عنده بالأطهار ، وقيل معناه : وكان الشافعي يقول ينبغي أن يتأجل عندكم إلى انقضاء ثلاث حيض ، ويجوز أن يقال هذه المدة لم تعتبر للعدة بل

(قوله ويجوز أن يقال هذه المدة لم تعتبر للعدة الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه يقول : إذا حاضت بعد إسلام من أسلم منها ثلاث حيض انقضت

ولنا أن المقاصد قد فاتت فلا بدّ من سبب يبتنى عليه الفرقة ، والإسلام طاعة لا يصلح سببا فيعرض الإسلام لتحصيل المقاصد بالإسلام أو تثبت الفرقة بالإباء . وجه قول أبي يوسف

فيجعل فسخا لا ينقص شيئا من عدد الطلاق ، وأبو حنيفة ومحمد يجعلان الفرقة بإباء الزوج طلاقا وإبباء المرأة فسخا . لأبي يوسف أن الفرقة بسبب يشتركان فيه . يعنى الإباء فإنه ممن أسلم عن الكفر ومن لم يسلم عن الإسلام أو هو على معنى أنه يمكن تحققه من كل منهما ، فإذا وجد منه لا يكون طلاقا فإنه يوجد منها ولا يكون طلاقا ، والفرص وحدة السبب فصار كالفرقة بسبب الملك وخيار البلوغ والمحرمية بالرضاع فإنهما يشتركان فيه بمعنى أنه يتحقق سببا من كل منهما فكان فسخا . ولهما أنه فات الإمساك بالمعروف فوجب التسريح بإحسان ، فإن طلق وإلا ناب القاضي منابه في ذلك فيكون طلاقا إذا كان نائبا عن إبيه الطلاق ، لأنه إنما ينوب عنه فيما إليه التفريق به والذي إليه الطلاق . وأما المرأة فالذي إليها عند قدرتها على الفرقة شرعا الفسخ ، فإذا أبت ناب القاضي منابه فيما إليها التفريق به فلا تكون الفرقة إلا فسخا فالقاضي نائب منابهما فيهما ، بخلاف ما قاس عليه من الملك والمحرمية فإن الفرقة فيهما لا بهذا المعنى بل للتنافي . وأما خيار البلوغ فإن ملك الفرقة فيه لتطرق الخلل إلى المقاصد بسبب قصور شفقة العاقد لقصور قرابته . وعلى اعتبار تحقق هذا التطرق لا يكون للنكاح انعقاد من الأصل ، فالوجه في الفرقة الكائنة عنه كونها فسخا ، وبخلاف رده أيضا على قول أبي حنيفة لأن الفرقة فيها للتنافي : أى هي تنافي النكاح ابتداء فكذا بقاء ، ولذا لا يحتاج في ذلك كله إلى حكم الحاكم ، وإنما احتيج إليه في خيار البلوغ لأنه لدفع ضرر خفي ، والضرر في هذه جلي ولا يحتاج إليه في الإباء ، فعلم أن الإباء غير مناف للنكاح .

[فرع] يقع طلاق زوج المرتدة وزوج المسلمة الآتي بعد التفريق عليهما ما دامتا في العدة ، أما في الإباء فلأن الفرقة بالطلاق ، وأما في الردة فلأن الحرمة بالردة غير متأبدة فإنها ترتفع بالإسلام فيقع طلاقه عليها في العدة مستتبعا فائدته من حرمتها عليه بعد الثلاث حرمة مغبية بوطء زوج آخر . بخلاف حرمة المحرمية فإنها متأبدة لا غاية

للتفريق وما لم يعتبر لها يعتبر فيه الحيض كما في الاستبراء (ولنا أن المقاصد) بالنكاح (قد فاتت) وتقريره بإسلام المرأة أو زوج المجوسية فانت المقاصد بالنكاح وفواتها . وهو حادث لا بد له من سبب ؛ فإما أن يكون هو الإسلام أو كفر من بقى عليه لاسبيل إلى الأول لأنه طاعة لا يصلح سببا لفوات النعم ولا إلى الثاني لأن كفر من بقى على كفره قد كان موجودا قبل هذا ولم يمنع ابتداء ولا فواتها بقاء فلا بد من أمر آخر غيرهما (فيعرض الإسلام لتحصيل المقاصد به) إن أسلم أو ثبت ما يصلح لذلك وهو الإباء . فإن الإباء عنه صالح لسلب النعم ، وإذا أضيف الفوات إليه أضيف ما يستلزمه الفوات وهو الفرقة فكانت الفرقة مضافة إلى الإباء . وفي كلام المصنف نوع إغلاق لأنه

عدها فيحل لها الزوج بمن شامت ، صرح به الزيلعي في شرح الكنز ، فلا يصح أن يقال المدة لم تعتبر للعدة (قوله ولنا أن المقاصد بالنكاح قد فاتت) وتقريره بإسلام المرأة أو زوج المجوسية فانت المقاصد بالنكاح (الخ) أقول : أنت خير بأن فوات المقاصد حصل قبل العرض فكيف يكون الإباء سببا له ، ثم ليت شعري ما الحاجة إلى توسيط فوات المقاصد ، فإنه لو ردد في سبب الفرقة ابتداء لاستقام الكلام ، والظاهر أن مراد المصنف بالفوات المذكور هو الفرقة ، والآلف واللام في الفرقة للمهد فليتأمل ، فإن ذلك بعيد غاية البعد ، ألا يرى إلى قول المصنف لتحصيل المقاصد بالإسلام (قوله فلا بد من أمر آخر غيرهما) أقول يجوز أن يقال : السبب هو اختلاف الدين المستلزم لذل المسلم في الكتابي ، وفي غيره هو الاختلاف في ذلك الدين فليتأمل (قوله وإذا أضيف الفوات إليه أضيف ما يستلزمه الفوات وهو الفرقة فكانت الفرقة مضافة إلى الإباء)

أن الفرقه بسبب يشترك فيه الزوجان فلا يكون طلاقا كالفرقه بسبب الملك . ولهما أن بالإبراء امتنع الزوج عن الإمساك بالمعروف مع قدرته عليه بالإسلام فينوب القاضى منابه فى التسريح كما فى الحب والعنة : أما المرأة فليست بأهل للطلاق فلا ينوب القاضى منابه عند إياها (ثم إذا فرق بينهما بإياها فلها المهر إن كان دخل بها) لتأكده بالدخول (وإن لم يكن دخل بها فلا مهر لها) لأن الفرقه من قبلها والمهر لم يتأكد فأشبه الردة والمطاوعة (وإذا أسلمت المرأة فى دار الحرب وزوجها كافر أو أسلم الحربى وتحته مجوسية لم تقع الفرقه عليها حتى تحيض ثلاث حيض ثم تبين من زوجها) وهذا لأن الإسلام ليس سببا للفرقه ، والعرض على الإسلام متعذر لقصور الولاية ، ولا بد من الفرقه دفعا للفساد فأقمنا شرطها وهو مضى الحيض مقام السبب كما فى حفر البثر .

لها فلا يفيد لحوق الطلاق فائدة (قوله وإذا أسلمت المرأة فى دار الحرب وزوجها كافر أو أسلم الحربى وتحته مجوسية لم تقع الفرقه حتى تحيض ثلاث حيض) إن كانت ممن تحيض وإلا فثلاثة أشهر ، فإن أسلم الآخر قبل

يلزم عليه أن يقال فوات المقاصد يصلح سببا ينبنى عليه الفرقه فلا حاجة إلى العرض ، لكن إذا تأملت فيما ذكرته حق التأمل أزال عنك الشبهة . ولما فرغ من البحث مع الشافعى شرع فيه مع أبى يوسف فى أن الفرقه فى الوجهين لا تكون طلاقا ، ووجه قوله ما ذكره (أن الفرقه بسبب يشترك فيه الزوجان) على معنى أنه يتحقق منهما وهو الإبراء ، وكل فرقه بسبب يشترك فيه لا تكون طلاقا كالفرقه الواقعة بسبب ملك أحد الزوجين الآخر والواقعة بالمحرمة . ولهما أن الزوج امتنع بالإبراء عن الإمساك بالمعروف لما مر من فوات المقاصد ، ومن امتنع عن الإمساك بالمعروف ناب القاضى منابه فى التسريح بإحسان كما فى الحب والعنة . وقوله (مع قدرته عليه بالإسلام) زيادة تأكيد ، وأرى أن تركه كان أفضل لأنه لو كان شرطا بطل قياسه على الحب والعنة . وقوله (أما المرأة فليست بأهل للطلاق) واضح . وقوله (فأشبه الردة والمطاوعة) بفتح الواو : يعنى أنها إذا ارتدت والعياذ بالله أو مكنت ابن زوجها ، فإن كان ذلك بعد الدخول كان لها المهر لتأكده بالدخول ، وإن كان قبله فلا مهر لها . وقوله (وإذا أسلمت المرأة فى دار الحرب) ظاهر . وقوله (والعرض على الإسلام متعذر) من باب : عرضت الناقة على الخوض من القلب الذى لا يشجع عليه إلا أفراد البلغاء . وقوله (فأقمنا شرطها) أى شرط الفرقه (وهو مضى الحيض) الثلاث إن كانت ممن تحيض أو ثلاثة أشهر إن لم تحض (مقام سبب الفرقه) قال فى النهاية : وهو تفريق القاضى عند إبراء الزوج الإسلام ، وكأنه أراد أنه سبب بطريق النيابة وإلا فقد تقدم أن سبب الفرقه هو الإبراء . وقوله (كما فى حفر البثر) يعنى فى قيام الشرط مقام السبب ، وذلك لأن الأصل إضافة التلف إلى فعل الواقع فى البثر التى حفرت على قارة الطريق لأنه هو العلة ، لكنه تعذر ذلك لكونه طبيعيا لاتعدى فيه ، ثم إضافته إلى السبب وهو المشى

أقول : الفوات مقدم على الإبراء ، فكيف يكون المتأخر سببا للمتقدم (قوله ووجه قوله ما ذكره أن الفرقه بسبب يشترك فيه الزوجان الخ) أقول : الأولى أن يقرره هكذا : هذه الفرقه فرقه بسبب يشترك فيه الزوجان . قال ابن الهمام : على معنى أنه يتحقق منهما وهو الإبراء ، أو يكون المراد أن الإبراء يشتركان فيه فإنه من أسلم عن الكفر ومن لم يسلم عن الإسلام اه . إلا أن قوله كالفرقه بسبب الملك يعين المعنى الأول ، ويجوز أن يقال : الملك نسبة يشترك فيه المتساين (قوله وقوله مع قدرته عليه بالإسلام زيادة تأكيد ، وأرى أن تركه كان أفضل لأنه لو كان شرطا بطل قياسه على الحب والعنة) أقول : إنما ذكر ذلك لإظهار أن تفريق القاضى هنا بالطريق الأولى حيث ينحل بمقدوره بالإمساك بمعروف ، بخلاف العتيد والمحجوب فليتأمل (قوله قال فى النهاية : وهو تفريق القاضى عند إبراء الزوج الإسلام ، وكأنه أراد أنه سبب بطريق النيابة ، وإلا فقد تقدم أن سبب الفرقه هو الإبراء) أقول : الإبراء سبب لحكم القاضى بالفرقه كالتشادة العادلة فى القضاء.

ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها ، والشافعي يفصل كما مر له في دار الإسلام ، وإذا وقعت القرقة والمرأة حربية فلا عدة عليها وإن كانت هي المسلمة فكذلك عند أبي حنيفة خلافا لهما ، وسيأتيك إن شاء الله تعالى (وإذا أسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما) لأنه يصح النكاح بينهما ابتداء فلأن يبقأ أولى . قال (وإذا خرج أحد الزوجين إلينا من دار الحرب مسلما وقعت البيئونة بينهما) وقال الشافعي لاتقع (ولو سبي أحد الزوجين

انقضاء هذه المدة فهما على نكاحهما ، وإن لم يسلم حتى انقضت وقعت القرقة ، ثم قال المصنف (وإذا وقعت القرقة والمرأة حربية) بأن كان الذي أسلم هو الزوج (فلا عدة عليها ، وإن كانت هي المسلمة فكذلك عند أبي حنيفة خلافا لهما) قال (وسيأتيك) يعني في مسألة المهاجرة . فالحاصل أنه لا عدة بعد البيئونة عند أبي حنيفة في الصورتين ، وعندهما إذا كانت هي المسلمة فعليها العدة وهكذا ذكر شمس الأئمة ، وكأنه أخذه من قول محمد في السير فيما إذا أسلمت المرأة في دار الحرب بعد أن ذكر القرقة بشرطها وعليها ثلاث حيض أخرى بعد الثلاث الأول وهي فرقة بطلاق ويقع طلاقه عليها مادامت في العدة في الثلاث الحيض الأواخر ، ثم قال محمد : وينبغي في قياس قول أبي حنيفة أن لا يكون عليها عدة . وأما الطحاوي فقد أطلق وجوب العدة عليها حيث قال : ومن أسلمت امرأته في دار الحرب إلى أن قال : فإذا حاضتها بانت ووجبت عليها العدة بعد ذلك ، ثم علل الحكم المذكور فقال : وهذا : أي توقف البيئونة على انقضاء المدة المذكورة لأنه لا بد من سبب تصاف إليه القرقة والإسلام غير مناسب له وكذا الاختلاف لأنه يرجع إلى إسلام المسلم ، ولأنه منقوض كما ذكرنا ، وكذا كفر المصر فليس إلا الإلباء وهو متعذر في دار الحرب فأضيف إلى شرط البيئونة ، وذلك لأن سبب القرقة الطلاق بشرط انقضاء العدة ، وللإضافة إلى الشرط عند تعذرهما إلى العلة نظير في الشرع وهو حافر البئر في الطريق يضاف ضمان ماتلف بالسقوط فيه إلى الحفر ، وهو شرط لأن العلة ثقل الواقع . وقوله والعرض على الإسلام الوجه فيه ، وعرض الإسلام عليه فهو من باب القلب ، ونظيره في اللغة : عرضت الناقة على الحوض ، وخرق الثوب المسار بنصب المسار (قوله وإذا أسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما) ظاهر (قوله وإذا خرج أحد الزوجين إلينا مسلما وقعت البيئونة) حكم المسئلة

وقد تعذرت كذلك لأن المشي في الطريق مباح لامحالة فأضيف إلى الشرط وهو حفر البئر لأنه لم تعارضه العلة والسبب ، وله شبه بالعلة من حيث تعلق الحكم به وجودا وفيه تعدد لأنه في غير ملك الحافر وموضعه أصول الفقه ثم المرأة إذا كانت مسلمة فهي كالمهاجرة على ماسياتي حكم المهاجرة ، وإذا كان الزوج هو المسلم فلا عدة عليها بالاتفاق (ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها) عندنا (والشافعي يفصل كما مر له في دار الإسلام) من قوله فإن كان قبل الدخول وقعت القرقة في الحال وإن كان بعده بعد انقضاء العدة . ولنا أن هذه الحيض لأجل القرقة لا للعدة فتستوى فيها المدخول بها وغيرها ، وهذا لأن الزوج في صورة الطلاق باشر سبب القرقة وهو الطلاق فجاز أن يعتبر السبب في الحال إذا كان قبل الدخول فلا يحتاج إلى مضي الحيض ، وأما ههنا فالفرض أنه لم يباشره فاحتاج إلى مضيه للفرقة فيستويان فيها (وإذا وقعت القرقة والمرأة حربية فلا عدة لها) بالإجماع لأن حكم الشرع لا يثبت في حقها . وقوله (وإن كانت هي المسلمة) ظاهر . وقوله (فلأن يبقأ أولى) لأن البقاء أسهل من الابتداء فكم من شيء يتحمل في النكاح حالة البقاء وإن لم يتحمل في الابتداء ، ألا ترى أن المنكوحة إذا وطئت بشبهة تعتد له وتبقى منكوحة ، ولا يجوز نكاح المعتدة من وطء بشبهة ابتداء . قال (وإذا خرج أحد الزوجين إلينا) صورة

بالحق ، فالفرقة حقيقة بتفريق القاضى (قوله ولنا أن هذه الحيض ، إلى قوله : فيستويان فيها) أقول : فيه تأمل .

- ٤٢٣ -

وقعت البيئونة بينهما ، وإن سببا معاً لم تقع) وقال الشافعي : وقعت ، فالحاصل أن السبب هو التباين دون السبي عندنا وهو يقول بعكسه . له أن التباين أثره في انقطاع الولاية ، وذلك لا يؤثر في الفرقة كالخبري المستأمن والمسلم المستأمن ، أما السبي فيقتضي الصفاء للسببي ولا يتحقق إلا بانقطاع النكاح ، ولهذا

لا يتوقف على خروجه مسلماً بل وذمياً كما سند ذكر (قوله فالحاصل أن السبب الخ) اختلف في أن تباين الدارين حقيقة وحكما بين الزوجين هل يوجب الفرقة بينهما ؟ فقلنا نعم ، وقال الشافعي : لا ، وفي أن السبي هل يوجب الفرقة أم لا ؟ فقلنا لا ، وقال نعم . وقوله قول مالك وأحمد فيتفرع عليه أربع صور وفاقبتان ، وهما لو خرج الزوجان إلينا معاً ذميين أو مسلمين أو مستأمنين ثم أسلما أو صارا ذميين لا تقع الفرقة اتفاقاً . ولو سبي أحدهما تقع الفرقة عنده للسبي وعندنا للتباين . وخلافيتان إحداهما ما إذا خرج أحدهما إلينا مسلماً أو ذمياً أو مستأناً ثم أسلم أو صار ذمياً عندنا تقع ، فإن كان الرجل حل له الزوج بأربع في الحال وبأخت امرأته التي في دار الحرب إذا كانت في دار الإسلام ، وعنده لا تقع الفرقة بينه وبين زوجته التي في دار الحرب إلا في المرأة تخرج مراغمة لزوجها أي بقصد الاستيلاء على حقه فتبين عنده بالمراغمة والأخرى ما إذا سبي الزوجان معاً ؛ فعنده تقع الفرقة والسببي أن يطأها بعد الاستبراء ، وعندنا لا تقع لعدم تباين داريهما . وفي المحيط : مسلم تزوج حربية في دار الحرب فخرج رجل بها إلى دار الإسلام بانبت من زوجها بالتباين ، ولو خرجت المرأة بنفسها قبل زوجها لم تبين لأنها صارت من أهل دارنا بالترامها أحكام المسلمين ، إذ لا تمكن من العود والزوج من أهل دار الإسلام فلا تباين يريد في الصورة الأولى إذا أخرجه الرجل قهراً حتى ملكها لتحقق التباين بينها وبين زوجها حينئذ حقيقة وحكما ، أما حقيقة فظاهر وأما حكماً فلائها في دار الحرب حكماً وزوجها في دار الإسلام حكماً . وجه قوله أن تباين الدارين (أثره في انقطاع الولاية) أي ولاية من في دار الحرب عليه إن كان خارجاً إلينا وولاية من في دارنا عليه إن كان لاحقاً بدار الحرب بحيث يتعذر الإلزام عليه (وذلك لا يؤثر في الفرقة كالخبري المستأمن والمسلم المستأمن أما السبي فيقتضي الصفاء للسببي) والصفاء هنا بالمد : أي الخلوص (ولا يتحقق) صفاؤه له (إلا بانقطاع النكاح ولهذا) أي

المسئلة ظاهرة ، والحاصل كذلك . وتقرير دليله أن التباين أثره في انقطاع الولاية ، وانقطاع الولاية لا يؤثر في الفرقة ، كالخبري إذا دخل دارنا بأمان فإن ولايته قد سقطت إذ المراد بانقطاع ولاية سقوط مالكيته عن نفسه وماله ، وكالمسلم إذا دخل دار الحرب بأمان فإن ولايته انقطعت ولم تؤثر في الفرقة ، وهذا لإبطال دليل الخصم . وقوله (أما السبي فيقتضي الصفاء للسببي ولا يتحقق) الصفاء له (إلا بانقطاع النكاح ولهذا) أي ولأن السبي يقتضي الصفاء

(قوله فإن ولايته تسقط ، إذ المراد بانقطاع الولاية سقوط مالكيته عن نفسه وماله) أقول : لو انقطعت الولاية لما جرى بينهما التوارث (قوله وهذا لإبطال دليل الخصم) أقول : فيه تأمل ، فإن ذلك أيضاً لإثبات منعه أن التباين ليس سبباً للفرقة ، ولا تعلق له بدليل الخصم . والجواب أن كون التباين سبب الفرقة من مقدمات دليل المسئلة المذكورة في المتن فإنه كبره بإبطاله دليل (قال المصنف : وأما السبي فيقتضي الصفاء) أقول : هذا الكلام من الشافعي يخالف لما ذكره في تعليل عدم جواز إجبار العبد على النكاح على ما فصل في النهاية وشرح الكثر وغيرهما (قوله وقوله وأما السبي الخ) أقول : هو مبتدأ ، وخبره بعد سطرين وهو قوله لإثبات المنه

يسقط الدين عن دمة المسي . ولنا أن مع التباين حقيقة وحكما لا تنتظم المصالح فشابهه المحرمية ، والسبي يوجب ملك الرقة وهو لا ينافي النكاح ابتداء فكذلك بقاء

لثبوت الصفاء بالسبي (يسقط ؛ ماعلى المسي من دين) إن كان لكافر عليه لعدم احترامه ، فكذا يسقط حق الزوج الحربي ، وهذا لأن الصفاء موجب للملك ما يحتمل التملك وملك النكاح كذلك فخلص له عند عدم احترام الحق المتعلق به وصار سقوط ملك الزوج عنها كسقوطه عن جميع أملاكه فإنها تذهب . ويؤيده من المنقول أن أبا سفيان أسلم في معسكر رسول الله صلى الله عليه وسلم بمر الظهران حين أتى به العباس وزوجته هند بمكة وهي دار حرب إذ ذاك ولم يأمرهما رسول الله صلى الله عليه وسلم بتجديد نكاحهما . ولما فتحت مكة هرب عكرمة بن أبي جهل وحكيم بن حزام حتى أسلمت امرأة كل منهما وأخذت الأمان لزوجها وذهبت فجاءت به ولم يجدد نكاحهما . وتباين الدارين بين أبي العاص بن الربيع زوج زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي عنها أظهر وأشهر فإنها هاجرت إلى المدينة وتركته بمكة على شركه ، ثم جاء وأسلم بعد سنين ، قيل ثلاث سنين ، وقيل ست ، وقيل ثمان فردّها عليه بالنكاح الأول فهذه كلها نقوض لما عللنا به . واستدل الشافعي أيضا على إثبات علته بأن قوله تعالى - والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم - نزلت في سبايا أوطاس وكن سبين مع أزواجهن ، وقد علم أن منادى رسول الله صلى الله عليه وسلم نادى « ألا لانتكح الحبالى حتى يضعن . ولا الحبالى حتى يحضن » فقد استثنى المسبيات مع أزواجهن من المحرمات ، فظهر أن السبي يوجب القرقة . وقوله كالحربي المستأمن ظاهره أنه أصل قياس وفرعه الخارج إلينا مسلما من دار الحرب أو ذميا . والحكم عدم القرقة بينه وبين زوجته بجامع عدم سبيهما فهو من قبيل تعليل الحكم العدى بالمعنى العدى ، وعلى هذا فالسوق لإثبات الفرع ؛ لكن الظاهر أن المراد نفى تأثير التباين فحق اللفظ هكذا لا يؤثر في القرقة لتخلفه في المستأمن الخ (قوله ولنا أن مع التباين حقيقة وحكما لا تنتظم المصالح) التي شرع النكاح لها لأن الظاهر أن الخارج إلينا مسلما أو ذميا لا يعود ، والكائن هناك لا يخرج إلينا فكان التباين منافيا له . فكان اعتراضه قاطعا . كاعتراض المحرمية بالرضاع ، وتقبييل ابن الزوج بشهوة مثلا لما نافته كان اعتراضه قاطعا . ثم شرع يفسد تعيين السبي علة فقال (والسبي يوجب ملك الرقة) يعنى يمنع أن

(يسقط الدين عن دمة المسي) لإثبات المذهب (ولنا أن المصالح لا تنتظم مع التباين حقيقة وحكما وتقديره تباين الدارين حقيقة وحكما ينافي انتظام المصالح . وما ينافي انتظام المصالح يقطع النكاح كالمحرمية ، فتباين الدارين يقطع النكاح . والمراد بالتباين حقيقة تباعدهما شخصا . وبالحكم أن لا يكون في الدار التي دخلها على سبيل الرجوع بل يكون على سبيل القرار والسكنى وهذا لإثبات المذهب . وقوله (والسبي يوجب ملك الرقة) لرد دليل الخصم . وتقديره : السبي يوجب ملك الرقة وملك الرقة لا ينافي النكاح ابتداء ، ولهذا لو زوج أمته جاز فكذا بقاء ولهذا لو كانت

(قال المصنف : ولنا الخ) أقول : قوله أن مع التباين حقيقة وحكما إشارة إلى الجواب عن قياسه على الحربي المستأمن . وقوله والسبي يوجب ملك الرقة معارضة . وقوله ثم هو يقتضى الصفاء في محل عمله الخ مناقضة : يعنى إن أردت أن يقتضى الصفاء في محل عمله فسلم ، ولكن لانسلم أنه لا يتحقق إلا بانقطاع النكاح والسند ظاهر وإن أردت أنه يقتضى الصفاء في محل عمله وفي محل النكاح أيضا فغير مسلم (قوله ولهذا لو كانت المسيبة منكوبة لمسلم أودى لا يبطل النكاح مع تقرر السبي الخ) أقول : قال ابن الهمام : وفي المحيط : مسلم تزوج حربية في دار الحرب فخرج رجلها إلى دار الإسلام بانت من زوجها بالتباين . ولو خرجت المرأة بنفسها قبل زوجها لم تنل لأنها صارت من أهل دارنا بالترامها أحكام المسلمين إذ لا يمكن من العود والزواج من أهل دار الإسلام فلا تباين . يريد في الصورة الأولى إذا أخرجها الرجل فها حتى ملكها يتحقق التباين بينها وبين زوجها حينئذ حقيقة وحكما ، أما حقيقة فظاهر ، وأما حكما فلا تنافي في دار الحرب حكما وزوجها في دار الإسلام حكما اه . ثم أقول : وفي كلام ابن الهمام : أعني قوله وأما حكما فلا تنافي في دار الحرب حكما وزوجها في دار الإسلام حكما بحث فتأمل . ثم على تقرير

وصار كالشراء ثم هو يقتضي الصفاء في محل عمله وهو المال لا في محل النكاح . وفي المستأمن لم تتباين الدار حكما

يكون موجبا غير ذلك ، وإذن فما اقتضاه ملك الرقبة لزم السبي تبعاً لملكها ، وما لا فلا ، وملك الرقبة لا يقتضي ملك النكاح إلا إذا ورد على خال عن مملوكيته أو مالكيته ، وكذا ابتداء النكاح وبقاؤه في العبد المشتري فهو كسائر أسباب الملك من الشراء والهبة والإرث وزوال أملك المسي لثبوت رقه ، والعبد لا ملك له في المال ، بخلاف النكاح فإنه من خصائص الآدمية فيملكه إذا ابتداء وجوده بطريق الصحة حتى لا يملك سيده التطليق عليه . وإنما توقف في الابتداء على إذنه لما يستلزم من تنقيص ماليته . وسقوط الدين الكائن لكافر على المسي الحر ليس مقتضى السبي بل لتعذر بقاءه ، لأنه إنما يبقى ما كان وهو حين وجب كان في ذمته لا شاعلا لمالية رقبته . ولا يمكن أن يثبت بعد الرق بالسبي إلا شاعلا لها فيصير الباقي غيره ، ولذا لو كان المسي عبدا مديونا كذلك لا يسقط عنه الدين بالسبي . نص عليه محمد في المأذون . فإن قيل : بل يجوز كون الدين في ذمة العبد غير متعلق برقبته ، ولذا يثبت الدين بإقراره به ولا يباع فيه . أجيب بمنع تعلقه في العبد كذلك ، وإنما لا يطالب بإقراره لأن إقراره لا يسرى في حق المولى ، حتى لو ثبت بالاستهلاك قطعا معاينة بيع فيه . وأما ما استدلل به من قصة أبي سفيان فالحق أن أبا سفيان لم يكن حسن الإسلام يومئذ بل ولا بعد الفتح ، وهو شاهد حنيننا على ما تفيد السيرة الصحيحة من قوله حين انهزم المسلمون : لا ترجع هزيمتهم إلى البحر . وما نقل أن الأرقام حينئذ كانت معه وغير ذلك مما يشهد بما ذكرنا مما نقل من كلامه بمكة قبل الخروج إلى هوازن بحنين . وإنما حسن إسلامه بعد ذلك رضي الله عنه ، والذي كان إسلامه حسنا حين أسلم هو أبو سفيان بن الحرث ، وأما عكرمة وحكيم فإنما هربا إلى الساحل وهو من حدود مكة فلم تتباين دارهم . وأما أبو العاص فأنما ردّها عليه صلى الله عليه وسلم بنكاح جديد . روى ذلك الترمذي وابن ماجه والإمام أحمد ، والجمع إذا أمكن أولى من إهدار أحدهما ، وهو يحمل قوله على النكاح الأول على معنى بسبب سببه مراعاة لحرمة كما يقال ضربته على إساءته ، وقيل قوله ردّها على النكاح الأول لم يحدث شيئا معناه على مثله لم يحدث زيادة في الصداق والحباء وهو تأويل حسن . هذا وما ذكرناه مثبت وعلى النكاح الأول ناف لأنه مبق على الأصل . وأيضا يقطع بأن الفرقة وقعت بين زينب وبين أبي العاص بمدة تزيد على عشر سنين ، فإنها أسلمت بمكة في ابتداء الدعوة حين دعا صلى الله عليه وسلم زوجته خديجة وبناته ، ولقد

المسيبة منكوحة لمسلم أو ذمى لا يبطل النكاح مع تقرر السبي . والمنافى إذا تقرر فالمحترم وغيره سواء كما إذا تقرر بالمحرمة والرضاع . وقوله (وصار) أى صار السبي (كالشراء) من حيث أن النكاح لا يفسد بالشراء فكذلك بالسبي لعدم المنافاة . وقوله (ثم هو) أى السبي (يقتضي الصفاء) أى سلمنا أن السبي يقتضي الصفاء لكن في محل عمله وهو المال حتى يثبت الملك في رقبة المسي للسبى على الخلو لا في محل النكاح وهو منافع البضع لأن ذلك ليس محل عمله لأن ذلك من خصائص الإنسانية لا المالية . وقد اندرج في هذا الكلام الجواب عن قوله ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسي لأن الدين في الذمة وهي من محل عمله لأنها هي الرقبة . وقوله وفي المستأمن جواب عن قوله كالحربي المستأمن أو المسلم المستأمن ، وكان قد احترز بقوله وحكما عن ذلك ، فإن التباين وإن وجد في المستأمن حقيقة لكنه لم يوجد حكما لقصده الرجوع

ابن الهمام ينبغي أن يكون مراد الشارح أكل الدين لو كانت المسيبة منكوحة لمسلم أو ذمى وخارجا معها إلى دار الإسلام أو قبلها (قوله) وقد اندرج في هذا الكلام الجواب عن قوله ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسي لأن الدين في الذمة وهي من محل عمله لأنها هي الرقبة) أقول: فيبحث بل الذمة وصف للإنسان على ما بين في الأصول ، ثم لوصح ما ذكره يلزم أن يسقط الدين إذا كان المسي عبدا وليس كذلك نصر عليه التلوي وغيره

انقضت المدة التي تبين بها في دار الحرب مرارا وولدت . وروى أنها كانت حاملا فأسقطت حين خرجت مهاجرة إلى المدينة ، وروى عنها هبار بن الأسود بالرمح . واستمر أبو العاص بن الربيع على شركه إلى ما قبل الفتح فخرج تاجرا إلى الشام ، فأخذت سرية المسلمين ماله وأعجزهم هربا ثم دخل بليل على زينب فأجارته ، ثم كلم رسول الله صلى الله عليه وسلم السرية فردوا إليه ماله ، فاحتمل إلى مكة فأدّى الودائع وما كان أهل مكة أبضعوا معه ، وكان رجلا أميناً كريماً ، فلما لم يبق لأحد عليه علقه قال : يا أهل مكة هل بقي لأحد منكم عندي مال لم يأخذه ؟ قالوا : لا ، فجزاك الله عنا خيراً فقد وجدناك وفياً كريماً ، قال : فإني أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا عبده ورسوله ، والله مامعنى من الإسلام عنده إلا تخوف أن تظنوا أني إنما أردت أن آكل أموالكم ، فلما أداها الله إليكم وفرغت منها أسلمت ، ثم خرج حتى قدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم . وما ذكر في الروايات من قولهم وذلك بعد ست سنين أو ثمان سنين أو ثلاث سنين فإنما ذلك من حين فارقت بالآبدان وذلك بعد غزوة بدر . وأما البيئونة فقبل ذلك بكثير ، لأنها إن وقعت من حين آمنت فهو قريب من عشرين سنة إلى إسلامه ، وإن وقعت من حين نزلت - ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا - وهى مكية فأكثر من عشر . هذا غير أنه كان حابسها قبل ذلك إلى أن أسر فيمن أسر بيدرس وهو صلى الله عليه وسلم كان مغلوبا على ذلك قبل ذلك ، فلما أرسل أهل مكة في فداء الأسارى أرسلت زينب في فدائه قلادة كانت خديجة أعطتها إياها ، فلما رآها رسول الله صلى الله عليه وسلم رقق لها فردها عليها وأطلقها ، فلما وصل جهازها إليه صلى الله عليه وسلم لأنه صلى الله عليه وسلم كان شرط عليه ذلك عند إطلاقه واتفق في مخرجها إليه ما اتفق من هبار بن الأسود . وهذا أمر لا يكاد أن يختلف فيه اثنان وبه نقطع بأن الرد كان على نكاح جديد كما هو من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، ووجب تأويل رواية « على النكاح الأول » كما ذكرنا . واعلم أن بنات رسول الله صلى الله عليه وسلم لم تتصف واحدة منهن قبل البعثة بكفر ليقال آمنت بعد أن لم تكن مؤمنة ، فقد اتفق علماء المسلمين أن الله تعالى لم يبعث نبيا قط أشرك بالله طرفة عين ، والولد يتبع المؤمن من الأبوين فلزم أنهن لم تكن إحداهن قط إلا مسلمة ، نعم قبل البعثة كان الإسلام اتباع ملة إبراهيم عليه السلام ، ومن حين وقع البعثة لا يثبت الكفر إلا بإنكار المنكر بعد بلوغ الدعوة ، ومن أول ذكره صلى الله عليه وسلم لأولاده لم تتوقف واحدة منهن . وأما صبايا أوطاس فقد روى أن النساء سبين وحدهن ، ورواية الترمذى تفيد ذلك عن أبي سعيد الخدري قال : « أصبنا سبايا أوطاس ولهن أزواج في قومهن ، فذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فنزلت - والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيما نكح - لكن بقي أن يقال : العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ، ومقتضى اللفظ حل المملوكة مطلقا سواء سبيت وحدها أو مع زوج ، وأما المشتراة متزوجة فخارجة بالإجماع فوجب أن يبقى ما سواها داخل تحت العموم على الإباحة . والجواب أن المسيية مع زوجها تخص أيضا بدليلنا وبما تذكره تبقى المسيية وحدها ذات بعل وبلا بعل والله سبحانه أعلم . وأما قياسه على الحربى المستأمن والمسلم المستأمن . فالجواب منع وجود التباين لأن المدعى علة منه هو التباين حقيقة وحكما وهو يصير الكائن في دار الحرب في حكم الميت حتى يعتق مدبروه وأمهات أولاده ويقسم ميراثه ، والكائن في دارنا ممنوعا من الرجوع ، وهذا متفق في المستأمن . وإذا كافأ ما ذكر بقي ما ذكرنا من المعنى اللازم للتباين الموجب للفرقة سالما عن المعارض

لقصده الرجوع (وإذا خرجت المرأة إلينا مهاجرة جازلها أن تزوج ولا عدة عليها) عند أبي حنيفة . وقالا : عليها العدة ، لأن الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الإسلام فيلزمها حكم الإسلام . ولأبي حنيفة أنها أثر النكاح المتقدم وجبت إظهارا لخطرها ، ولا خطر لملك الحربى ، ولهذا لا تجب على المسبية

فوجب اعتباره ، ودليل السمع أيضا وهو قوله تعالى - إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات - إلى قوله - فلا ترجعوهن إلى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن وآتوهن ما أنفقوا ولا جناح عليكم أن تنكوهن إذا آتيتوهن أجورهن ولا تمسكوا بعصم الكوافر - وقد أفاد من ثلاث نصوص على وقوع الفرقة ومن وجه اقتضائى وهو قوله تعالى - فلا ترجعوهن - (قوله وإذا خرجت المرأة إلينا مهاجرة) أى تاركة الدار إلى أخرى على عزم عدم العود ، وذلك بأن تخرج مسلمة أو ذمية . هذه المسئلة حكم آخر على بعض ماتضمنه موضوع المسئلة التى قبلها لأنها كانت إذا خرج أحد الزوجين مهاجرا وقعت الفرقة ، وهذه إذا كان الخارج منهما المرأة وقعت الفرقة اتفاقا . هل عليها عدة ؟ فيها خلاف . عند أبي حنيفة لا فتزوج للحال إلا أن تكون حاملا فتربص لا على وجه العدة بل ليرفع المانع بالوضع ، وعندهما عليها العدة : ثم اختلفا لو خرج زوجها بعدها وهى بعد في هذه العدة فطلقها هل يلحقها طلاقه ؟ قال أبو يوسف : لا يقع عليها ، وقال محمد : يقع . والأصل أن الفرقة إذا وقعت بالتنافى لاتصير المرأة محلا للطلاق عند أبي يوسف : وعند محمد تصير وهو أوجه إلا أن تكون محمية لعدم فائدة الطلاق على ما بيناه : وثمرته تظهر فيما لو طلقها ثلاثا لا يحتاج زوجها في تزوجها إذا أسلم إلى زوج آخر عند أبي يوسف ، وعند محمد يحتاج إليه . وجه قولهما أنها حرة وقعت الفرقة عليها بعد الإصابة والدخول إلى دار الإسلام فيلزمها حكم العدة حقا للشرع كالمطلقة في دارنا من المسلمات ، بخلاف ما لو طلقها الحربى في دار الحرب ثم هاجرت لا عدة عليها بالإجماع لأن الفرقة في دارهم وهم لا يؤخذون بأحكامنا هناك ، وهذا على ما اخترناه من أن أصلهما أن الخطاب يلزم الكفار في المعاملات ، غير أن شرطه البلوغ وأهل الحرب لا يبلغهم فلا يتعلق بهم حكمه ، بخلاف أهل دارنا منهم . ولأبي حنيفة أن العدة إنما وجبت لإظهارا لخطر النكاح المتقدم ولا خطر لملك الحربى ، بل أسقطه الشرع بالآية المتقدمة في المهاجرات وهى - ولا تمسكوا بعصم الكوافر - بعد قوله - ولا جناح عليكم أن تنكحوهن - فقد رفع الجناح عن نكاح المهاجرة وأمر أن لا يتمسك بعصم الكوافر جمع كافرة ، فلو شرطت العدة لزم التمسك بعقدة نكاحهن الموجودة في حال كفرهن ، وبهذا يبطل قولهما وجبت لحق الشرع كى لا تختلط المياه ، واستغنيانا به عن إبطاله بأن الشرع أبطل النكاح بالتباين لمنافاته للنكاح فقد حكم بمنافاته للعدة لأنها أثره حيث حكم بمنافاته لما له

(وإذا خرجت المرأة إلينا مهاجرة) أى تركت أرض الحرب إلى أرض الإسلام وخرجت مسلمة أو ذمية على قصد أن لا ترجع إلى ما هاجرت عنه أبدا (جازلها أن تزوج ولا عدة عليها عند أبي حنيفة . وقالا : عليها العدة لأن الفرقة وقعت بعد أن دخلت في دار الإسلام) وكل فرقة كانت كذلك يلزمها حكم الإسلام كالمسلمة والذمية . ولأبي حنيفة أن العدة لإظهار خطر ملك النكاح (ولا خطر لملك الحربى ولهذا لا تجب على المسبية) بالاتفاق . فإن قيل : لو لم يكن للملكه خطر لما وجبت إذا خرجت حاملا . أجيب بأنها لا يجب عليها العدة ولكنها لا تزوج لأن في بطنها ولذا ثابت النسب . فإن قيل : الهجرة أورثت تباين الدارين وهو لا يربو على الموت ولو ماتت وجبت العدة فلتجب معها أيضا . أجيب بأن الموت لا يوجب سقوط الحرمان حكما فلزمها العدة بحكم الملك ، وأما تباين الدارين فيسقطها حقيقة وحكما فيزول ملكه لا إلى أثر .

(قوله ولو ماتت وجبت العدة الخ) أقول : لانسلم ذلك فإن الحربى لا يلزم أحكام الإسلام ، وأيضا اعتقاده وجوب العدة غير معلوم .

(وإن كانت حاملا لم تزوج حتى تضع حملها) وعن أبي حنيفة أنه يجصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع حملها كما في الحبل من الزنا. وجه الأول أنه ثابت النسب فإذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع من النكاح احتياطا . قال (وإذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام وقعت الفرقة بغير طلاق) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال

الأثر . فإن لقائل أن يمنع الملازمة ويقول لانسلم أن منافاة الشيء تنافي أثره إلا إذا كان جهة المنافاة ثابتة في الأثر أيضا ، وهو متنف لأنه في النكاح عدم انتظام المصالح والعدة لا ينفيا عدم انتظام المصالح بل تجامعه مدة بقائها إلى أن تنقضي فيجب أن تثبت لموجبها بلا مانع ، لكن قد يقال عصم الكوافر عام يدخل فيه المسيية دون زوجها والمتروكات في دار الحرب للأزواج المهاجرين فلهن أن يتزوجوا بأربع وبأخت الكائنة هناك لعدم اعتبار عصم الكوافر في دار الحرب للفرقة والمسيية مع زوجها وهذه خصت عندكم فإنها يتمسك بعقدتها حيث قلم لاتقع الفرقة بينها وبين زوجها ، فجاز أن تخص المهاجرة في حق العدة بمحدث سبايا أو طاس ، فإنه دل على أن من انفسخ نكاحها بالتباين لا يحل وطؤها قبل تربص ، وإذا وجب عليها تربص وهي حرة كان عدة إجماعا لعدم القائل بالفصل ، وحينئذ فيطاله الوجوب للخطر لا يفيد إذ كان له سبب آخر وهو حق الشرع المدلول عليه بوجوب الاستبراء فإنه أفاد أن لا يخلى فرج المدخول بها عن الامتناع إلى مدة غير أنه اعتبر مدة الاستبراء أكثر كما هو دأب الشرع في إظهار التفاوت بين الحرية والأمة في مثله (قوله وإن كانت) يعني المهاجرة (حاملا لم تزوج حتى تضع) وقدمنا أنه عند أبي حنيفة لا بطريق العدة ، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز تزويجها ولا يقربها حتى تضع حملها كالحامل من الزنا . وجه الظاهر أن حملها ثابت النسب فظهر في حق المنع احتياطا ، وإنما قال احتياطا لأن مجرد كونه ثابت النسب إنما يقتضي ظاهرا أن لا توطأ لأن به يصير ساقيا ماء زرع غيره فتعديه المنع إلى نفس الزوج بلا وطء للاحتياط فقط لأن به يقع الجمع بين الفراشين وهو ممتنع بمنزلة الجمع وطأ ولهذا لم يجز عنده تزوج الأخت في عدة الأخت والخامسة في عدة الأربع (قوله وإذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام وقعت الفرقة) في الحال (بغير طلاق) قبل الدخول أو بعده ، وبه قال مالك وأحمد في رواية ، وقال الشافعي وأحمد في أخرى قبل الدخول هو كذلك ، وأما بعده فيتوقف إلى انقضاء العدة فإن جمعهما الإسلام قبل انقضائها يستمر النكاح وإلا

وحاصله أن التباين يربو على الموت ؛ ألا ترى أنه يمنع التوارث والموت يوجب ، ولو خرجت حاملا لم تزوج حتى تضع حملها ، رواه محمد عن أبي حنيفة لأن حملها ثابت النسب من الغير ، فإذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع أيضا احتياطا كأم الولد إذا حبلت من مولاها لا يزوجه حتى تضع (و) روى أبو يوسف والحسن بن زياد (عن أبي حنيفة أنه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع حملها) لأنه لاحرمة للحربي فجزؤه أولى (كما في الحبل من الزنا) فإنه لاحرمة لماء الزاني . قيل والأول أصح لأنه حمل ثابت النسب ، بخلاف الحمل من الزنا . وتحقيقه أن الحمل من الغير يمنع الوطء مطلقا وثابت النسب محترم فيمنع النكاح أيضا دون غيره . قال (وإذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام) والعباد بالله (وقعت الفرقة) بينهما سواء كان دخل بها أو لم يدخل . وعند الشافعي إن لم يدخل بها فكذلك ، وإن دخل بها فحتى تنقضي ثلاث حيض بناء على ما ذكرنا له من تأكد النكاح وعدم تأكده وكانت الفرقة (بغير طلاق) حتى لا ينتقص عدد الطلاق (عند أبي حنيفة وأبي يوسف .

(قوله لأنه لاحرمة للحربي فجزؤه أولى) أقول : فيه أن جزءه إما مسلم أو ذى كأمها فلا يكون مساويا للحربي فضلا عن الأولوية .

محمد : إن كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق ، هو يعتبره بالإباء والجامع ما بيناه ، وأبو يوسف مر على ما أصلنا له في الإباء ، وأبو حنيفة فرق بينهما . ووجه الفرق أن الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة والطلاق رافع فتعذر أن تجعل طلاقا ، بخلاف الإباء لأنه يفوت الإمساك المعروف فيجب التسريح بالإحسان على مامر ،

تبين الفراق من وقت الردة . قلنا : هذه الفرقة للتنافي فإن الردة منافية للعصمة موجبة للعقوبة ، والمنافي لا يحتمل التراخي ، بخلاف الإسلام فإنه غير مناف للعصمة ، هذا جواب ظاهر المذهب . وبعض مشايخ بلخ وسمرقند أفتوا في ردتها بعدم الفرقة حسما لاحتياها على الخلاص بأكبر الكبار ، وعامة مشايخ بخارى أفتوا بالفرقة وجبرها على الإسلام وعلى النكاح مع زوجها الأول لأن الحسم بذلك يحصل ، ولكل قاض أن يحدد النكاح بينهما بمهر يسير ولوبدينار رضيت أم لا ، وتعذر خمسة وسبعين ، ولا تسترق المعتدة مادامت في دار الإسلام في ظاهر الرواية ، وفي رواية النوادر عن أبي حنيفة تسترق ، وهذا الكلام في الفرقة . وأما كونها طلاقا فاتفق الإمامان هنا على أنها من جهة الزوج والمرأة فسخ ، وقال محمد هي في ردة الزوج طلاق وفي ردتها فسخ مر على أصله في الإباء ، وكذا أبو يوسف ، وفرق أبو حنيفة بين الردة والإباء . وجه قول محمد اعتباره بالإباء (والجامع ما بيناه) وهو أن بالإباء امتنع عن الإمساك بمعروف مع قدرته عليه فينوب القاضي منابه ، وقيل ما بيناه مما حاصله أن سبب الفرقة فعل من الزوج إباء أو ردة (وأبو يوسف مر على ما أصلنا له في الإباء) وهو أنه سبب يشتركان فيه (وأبو حنيفة فرق) بأن الردة منافية للنكاح لأنها منافية للعصمة لبطلان العصمة عن نفسه وأملاكه ، ومنها ملك النكاح ، كذا قرر . والحق أن منافاتها لعصمة الأملاك تبع لمنافاتها لعصمة النفس ، إذ بتلك المنافاة صار في حكم

وقال محمد : إن كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق وإن كانت من المرأة فهي بغير طلاق (هو يعتبرها بالإباء والجامع ما بيناه) يعني قوله امتنع عن الإمساك بالمعروف (وأبو يوسف مر على ما أصلنا له في الإباء) وهو أن الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان والطلاق مما يختص بالزوج (وأبو حنيفة فرق) بين الإباء والارتداد فجعل الفرقة بإبء الزوج طلاقا دون الردة (ووجه الفرق أن الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة) لأنها تبيح النفس والمال وتبطل الملك والنكاح (والطلاق) ليس بمناف للنكاح لأنه (رافع) له بعد تحققه مسببا عنه ، والمسبب عن الشيء الرفع له لا ينافيه فلا تكون الردة طلاقا بخلاف الإباء لأنه يفوت الإمساك بالمعروف (وليس بمناف للنكاح) فيجب التسريح بالإحسان على مامر) واعترض بوجهين : أحدهما أن الردة لاتنافي ملك العين بل يصير موقوفا فما بال ملك النكاح لا يكون كذلك . والثاني أن الردة لو كانت منافية لما وقع طلاق المرتد على امرأته بعد الردة كما في المحرمة

(قال المصنف : والجامع ما بيناه) أقول : من أنه امتنع عن الإمساك بالمعروف إلا أنه لايجزى هنا بتمامه لعدم توقف الفرقة هنا على قضاء (قوله) لأنها تبيح النفس والمال وتبطل الملك (الخ) أقول : وفيه بحث : فإن ملكه للمال لا يبطل بل يتوقف ، والظاهر أن المراد بالعصمة عصمة النفس فذاك إشارة إلى مامر من أن النكاح ماضع إلا لمصلحه ، والمصالح لا تنتظم بينهما لكونه مستحق القتل فتأمل . ويجوز أن يكون مراده بالإبطال مايم الزوال للموقوف (قال المصنف : ووجه الفرق أن الردة منافية للنكاح (الخ) أقول : تصوير القياس من الشكل الثاني هكذا : الردة تمنع ابتداء النكاح لمنافاتها إياه ولا شيء من الطلاق كذلك بل هو رافع له فلا شيء من الردة بطلاق ، ويجوز تصويره من الشكل الأول (قال المصنف : والطلاق رافع) أقول : يعني الطلاق رافع كلما وجد ، بخلاف الردة فإنها كما ترفع تدفع وتمنع الابتداء (قوله مسببا عنه (الخ) أقول : يستثنى عنه في تمام الدليل مع أنه محل كلام ، ويتم الدليل بأن يقال : الردة منافية لابتداء النكاح ولا شيء من الطلاق كذلك بل يرفع بعد وجوده فلا شيء من الردة بطلاق (قوله لما وقع طلاق المرتد على امرأته بعد الردة) أقول : يعني في العدة .

ولهذا تتوقف الفرقة بالإباء على القضاء ولا تتوقف بالردة (ثم إن كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر إن دخل بها ونصف المهر إن لم يدخل بها ، وإن كانت هي المرتدة فلها كل المهر إن دخل بها ، وإن لم يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقة) لأن الفرقة من قبلها . قال (وإذا ارتدا معا ثم أسلما معا فهما على نكاحهما) استحسانا . وقال زفر : يبطل لأن ردة أحدهما منافية ، وفي ردتها ردة أحدهما .

الميت والطلاق لا ينافي النكاح لثبوته معه حتى لا تنفع البيئونة بمجرد بل بأمر زائد عليه أو عند انقضاء العدة ولزم كون الواقع بالردة غير الطلاق وليس إلا الفسخ ، بخلاف الفرقة بالإباء فإنها ليست للمنافاة ولذا بقي النكاح مالم يفرق القاضي لأنها فرقة بسبب فوات ثمرات النكاح فوجب رفعه لارتفاع ثمراته اللاتي من قبل الزوج ، فالقاضي يأمره بالإمسك بمعروف بالإسلام أو التسريح بإحسان ، فإذا امتنع ناب عنه . وفي الشروح من تقرير هذا الفرق أمور لاتمس المطلوب ، وكذا قوله في الهداية والطلاق رافع لأن الراجع يجامع المنافي بالضرورة ، نعم هو أعم ثبت مع المنافي ومع الطلاق فلا يقع به فرق ولا دخل له فيه (ثم إن كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر إن دخل بها) ونفقة العدة أيضا (ونصفه إن لم يدخل بها ، وإن كانت هي المرتدة فلها كل المهر إن دخل بها) لانفقة العدة لأن الفرقة من جهتها ، وإن لم يكن دخل بها فلا مهر ولا نفقة (قوله وإذا ارتدا معا ثم أسلما معا فهما على نكاحهما استحسانا)

لكنه يقع بالاتفاق . والجواب عن الأول أن ما يرجع إلى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء ، والردة تنافي النكاح ابتداء فكذا بقاء ، وتوقف تحصيل ملك العين بالشراء ابتداء فكذا بقاء . وعن الثاني أن وقوع الطلاق تابع لإمكان ظهور أثره ، وحيث كانت المحلية متصورة العود بالتوبة أمكن ظهور أثره وكان معتبرا ، بخلاف المحرمة فإن المحلية غير متصورة أبدا فلا يمكن ظهور أثره . وعن هذا قالوا : إذا ارتد الرجل ولحق بدار الحرب لم يقع على المرأة طلاق لأن تباين الدارين مناف للنكاح فكان منافي للطلاق الذي هو من أحكام النكاح ، فإن عاد إلى دار الإسلام وهي في العدة وقع عليها الطلاق لأن المنافي وهو تباين الدارين قد ارتفع ومحلية الطلاق بالعدة وهي قائمة فيقع . وإذا ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب لم يقع طلاق الزوج عليها عند أبي حنيفة لأن العدة قد سقطت عنها عنده لفوات المحلية ، لأن من كان في دار الحرب فهو كالميت في حقنا وبقاء الشيء في غير محله مستحيل والعدة متى سقطت لا تعود إلا بعود سببها ، بخلاف الفصل الأول لأن العدة هناك باقية ببقاء محلها لأنها في دار الإسلام ، إلا أن تباين الدارين كان مانعا من وقوع الطلاق ، فإذا ارتفع المانع والعدة باقية وقع . وقال أبو يوسف : يقع الطلاق لأن العدة باقية عنده . وقوله (ولهذا تتوقف الفرقة) توضيح لكون الردة منافية للطلاق دون الإباء . وقوله (ثم إن كان الزوج) ظاهر . وقوله (ولا نفقة) متعلق بقوله وإن كانت هي المرتدة فلها كل مهرها إن دخل بها لا إلى ما يليه ، لأن المسلمة إذا كانت غير مدخول بها ووقعت الفرقة لا تجب النفقة على زوجها فحينئذ لا يرتاب أحد في عدم وجوب النفقة في المرتدة إذا كانت غير مدخول بها . وقوله (لأن الفرقة من قبلها) يعني فكانت كالناشزة ولا نفقة لها : وقوله (وإن ارتدا معا) واضح . ووجهه ما روى أن بني حنيفة وهم حتى من العرب ارتدوا بمنع الزكاة

(قال المصنف : ولهذا تتوقف الفرقة) أقول : أي لكون الإباء موقوتا لإمسك لمانفيا للنكاح ، بخلاف الارتداد (قوله والردة تنافي النكاح ابتداء فكذا بقاء) أقول : وقد سبق دليل عدم التنافي ابتداء في هذا الباب ، إلا أن هذا الجواب منقوض بالمعدة فإن العدة تنافي النكاح ابتداء ولا تنافيه بقاء على ما مر في أوائل الباب . (قوله لأن تباين الدارين مناف للنكاح) أقول : بتكرار المنافي يخرج اليهود من حيز التصور ، ولعل الأول أن يقال : بالحق يلحق بالأموات وطلاق الميت غير واقع (قوله أن بني حنيفة وهم حتى من العرب ارتدوا بمنع الزكاة)

ولنا ما روى أن بني حنيفة ارتدوا ثم أسلموا ، ولم يأمرهم الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين بتجديد الأنكحة ، والارتداد منهم واقع مع الجهالة التاريخ . ولو أسلم أحدهما بعد الارتداد مع فساد النكاح بينهما لإصرار الآخر على الردة لأنه مناف كابتدائها .

هذا إذا لم يلحق أحدهما بدار الحرب بعد ارتدادهما ، فإن لحق فسد للتباين . والقياس وهو قول زفر والأئمة الثلاثة تقع الفرقة لأن في ردتها ردة أحدهما وهي منافية للنكاح (ولنا) وهو وجه الاستحسان (أن بني حنيفة ارتدوا ثم أسلموا ولم يأمرهم الصحابة بتجديد الأنكحة) ولما لم يأمرهم بذلك علمنا أنهم اعتبروا ردتهم وقعت معا ، إذ لو حملت على التعاقب لفسدت أنكحتهم ولزمهم التجديد . وعلمنا من هذا أن الردة إذا كانت معا لا توجب الفرقة . واعلم أن المراد عدم تعاقب كل زوجين من بني حنيفة أما جميعهم فلا لأن الرجال جاز أن يتعاقبوا ولا تفسد أنكحتهم إذا كان كل رجل ارتد مع زوجته ، فحكم الصحابة بعدم التجديد لحكمهم بذلك ظاهرا لاحتلاله عليه للجهل بالحال كالغرقى والحرقى . وهذا لأن الظاهر أن قيم البيت إذا أراد أمرا تكون قرينته فيه قرينته . هذا والمذكور في الحكم بارتداد بني حنيفة في المبسوط منعهما الزكاة ، وهذا يتوقف على نقل أن منعهم كان لجحد افراضها ولم ينقل ولا هو لازم . وقيل أبي بكر رضى الله عنه إياهم لا يستلزمه لجواز قتالهم إذا أجمعوا على منعهم حقا شرعيا وعطلوه ، والله أعلم . وقد يستدل للاستحسان بالمعنى وهو عدم جهة المنافة ، وذلك لأن جهة المنافة برودة أحدهما عدم انتظام المصالح بينهما ، والموافقة على الارتداد ظاهر في انتظامها بينهما إلى أن يموتا بقتل أو غيره . والأوجه الاستدلال بوقوع ردة العرب وقتالهم على ذلك فإنه من غير تعيين بني حنيفة ومانعى الزكاة قطعى ثم لم يؤمروا بتجديد الأنكحة إلى آخر ما ذكرنا (قوله ولو أسلم أحدهما بعد ارتدادهما معا ففسخ النكاح) لأن ردة الآخر منافية للنكاح فصار بقاؤها كإنشائها الآن حال إسلام الآخر حتى إن كان الذى عاد إلى الإسلام هو الزوج فلا شيء لها إن كان قبل الدخول ، وإن كانت هى التى أسلمت ، فإن كان قبل الدخول فلها نصف المهر ، وإن دخل بها فلها كل المهر في الوجهين لأن المهر يتقرر بالدخول دينا في ذمة الزوج والديون لا تسقط بالردة .

[فروع] الأول نصرانية تحت مسلم تمجسا وقعت الفرقة بينهما عند أبي يوسف خلافا لمحمد . وجه قوله أن الزوج قد ارتد والمجوسية لا تحل للمسلم فيحدثها ما تحرم به كالردة فقد ارتدنا معا فلا تقع الفرقة . ولأبي يوسف أن الزوج لا يقر على ذلك بل يجبر على الإسلام والمرأة تقر فصار كردة الزوج وحده ، وهذا لما عرف أن الكفر

وبعث إليهم أبو بكر الصديق الجيوش فأسلموا ولم يأمرهم بتجديد الأنكحة والصحابة متوافرة فحل ذلك محل الإجماع بترك به القياس . فإن قيل : الارتداد لم يقع منهم دفعة . أجاب بقوله (والارتداد واقع منهم معا حكما لجهالة التاريخ) فإن التاريخ إذا جهل لم يحكم بتقدم شيء على شيء وإنما يجعل في الحكم كأنه وجد جملة واحدة (ولو أسلم أحدهما بعد الارتداد) أى بعد ارتدادهما (فسد النكاح لإصرار الآخر على الردة لأنه مناف كابتدائها) على ما تقدم ؛ ثم إن كانت المرأة هى التى أسلمت قبل الدخول بها فلها نصف المهر عندنا ، وإن كان الزوج فلا شيء لها لأن الفرقة جاءت من جانبها بالإصرار على الردة فإن الإصرار بعد إسلام الآخر كإنشاء الردة ، والله أعلم .

أقول : جاحدا افراضها (قوله فإن قيل الارتداد لم يقع منهم دفعة) أقول : وكان الكلام فيه (قوله فإن التاريخ إذا جهل لم يحكم بتقدم شيء على شيء) أقول : كما في الترقى والحرقى .

(باب القسم)

كله ملة واحدة فالانتقال من كفر إلى كفر لا يجعل كإنشائه فصار كما لو تهودا فإن الفرقه تقع فيه بالاتفاق . ومحمد يفرق بأن إنشاء المجوسية لا تحل للمسلم فيحدثها كالارتداد . بخلاف اليهودية ، ألا ترى أنها لو تمجست وحدها تقع الفرقه ، ولو تهودت لاتقع فافترقا . الثاني يجوز نكاح أهل ملل الكفر بعضهم بعضا فيزوج اليهودى مجوسية ونصرانية لأن الكل ملة واحدة من حيث الكفر وإن اختلفت تحملهم كأهل المذاهب ، ثم الولد على دين الكتابي منهم . الثالث إذا أسلم الكافر وتحت أكثر من أربع أو أختان أو أم وبنتها وأسلمن معه وهن كتابيات ؛ فعند أبي حنيفة وأبي يوسف إن كان تزويجهن في عقدة واحدة فرق بينه وبينهن أو في عقد فنكاح من يحل سبقه جائز ونكاح من تأخر فوقع به الجمع أو الزيادة على الأربع باطل .

(باب القسم)

لما فرغ من ذكر النكاح وأقسامه باعتبار من قام به من المسلمين الأحرار والأرقاء والكفار وحكمه اللازم له من المهر شرع في حكمه الذى لا يلزم وجوده وهو القسم ، وذلك لأنه إنما يثبت على تقدير تعدد المنكوحات ونفس النكاح لا يستلزمه ولا هو غالب فيه . والقسم بفتح القاف مصدر قسم ، والمراد التسوية بين المنكوحات ويسمى العدل بينهما أيضا ، وحقيقته مطلقا ممتنعة كما أخبر سبحانه وتعالى حيث قال - ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة - وقال تعالى - فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم - بعد إحلال الأربع بقوله تعالى - فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع - فاستفدنا أن حل الأربع مقيد بعدم خوف عدم العدل وثبوت المنع عن أكثر من واحدة عند خوفه ، فعلم بإيجابه عند تعددهن . وأما قوله صلى الله عليه وسلم « استوصوا بالنساء خيرا » فلا يخص حالة تعددهن ولأنهن رعية الرجل وكل راع مسئول عن رعيته وإنه في أمرهم يحتاج إلى البيان لأنه أوجب ، وصرح بأنه مطلقا لا يستطاع ، فعلم أن الواجب منه شيء معين ، وكذا السنة جاءت مجملة فيه . روى أصحاب السنن الأربعة عن عائشة رضى الله عنها قالت « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم فيعدل ويقول : اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك : يعنى القلب » أى زيادة المحبة ، فظاهره أن ماعداه مما هو داخل تحت ملكه وقدرته تجب التسوية فيه ، ومنه عدد الوطأت والقبلات والتسوية فيهما غير لازمة إجماعا ، وكذا ما روى أصحاب السنن الأربعة والإمام أحمد والحاكم من حديث أبي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « من كانت له امرأتان فالإحداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل » أى مفلوج ، ولفظ أبي داود والنسائي « فالإحداهما على الأخرى » فلم يبين فيماذا ، وأما ما فى الكتاب

(باب القسم)

لما ذكر جواز عدد من النساء لم يكن بد من بيان العدل الوارد من الشارع في حقهن في باب على حدة ، لكن نراض ما هو أهم بالذكر من بيان جواز النكاح وعدمه الراجعين إلى أمر القروج وغيرهما أوجب تأخيرهم . والقسم متع القاف مصدر قسم القسم المال بين الشركاء : فرقه بينهم وعين أنصباهم ، ومنه القسم بين النساء ،

(باب القسم)

(وإذا كان للرجل امرأتان حرّتان فعليه أن يعدل بينهما في القسم بكرين كانتا أو ثيبين أو إحداهما بكرة والأخرى ثيباً) لقوله عليه الصلاة والسلام « من كانت له امرأتان ومال إلى إحداهما في القسم جاء يوم القيامة وشقه مائل » وعن عائشة رضي الله عنها « أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يعدل في القسم بين نسائه . وكان يقول : اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا توأخذني فيما لا أملك : يعني زيادة المحبة » ولا فصل فيما روي . والقديمة والجديدة سواء لإطلاق ما روي ،

من زيادة قوله في القسم فالله أعلم بها لكن لانعلم خلافا في أن العدل الواجب في البيوتة والتأنيس في اليوم والليلة ، وليس المراد أن يضبط زمان النهار فيقدر ماعاشر فيه إحداهما فيعاشر الأخرى بقدره بل ذلك في البيوتة ، وأما النهار في الجملة (قوله وإذا كان للرجل امرأتان حرّتان فعليه أن يعدل بينهما) التقييد بمرتين لإخراج ما إذا كانت إحداهما أمة والأخرى حرة لا لإخراج الأمتين . ثم ظاهر العبارة ليس بمجد فإنه يعطى أنهما إذا لم يكونا حرّتين ليس عليه أن يعدل بينهما وليس بصحيح ، لكن معنى العدل هنا التسوية لاضد الجور ، فإذا كانتا حرّتين أو أمتين فعليه أن يسوى بينهما ، وإن كانتا حرة وأمة فلا يعدل بينهما : أي لا يسوى بل يعدل بمعنى لايجور . وهو أن يقسم للحرة ضعف الأمة فالإيهام نشأ من اشتراك اللفظ (قوله والقديمة والجديدة سواء لإطلاق ما روي) وهو معنى قوله لافصل فيما ذكرنا فكان الأول أن يقال لما ذكرنا : يعني من قوله ولا فصل الخ : يعني أن ما رويناه يوجب التسوية بين الجديدة والقديمة ، وكذلك ما تلونا من الآية فنحتج به . وعند الشافعي أنه يقيم عند البكر الجديدة أول مايدخل بها سبعا ينحصر بها ثم يدور وعند الثيب الجديدة ثلاثا إلا إن طلبت زيادة على ذلك فحينئذ يبطل حقها ويحتسب عليها بتلك المدة ، لما روى عن أنس قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « للبكر سبع وللثيب

وقد وقع في أكثر النسخ (وإذا كان للرجل امرأتان) بتذكير كان مع إسناده إلى المؤنث الحقيقي لوقوع الفصل كما في قولك حضر القاضي اليوم امرأة ، وكلامه واضح . وقوله (ولا فصل فيما روي) يعني بين البكر والثيب (والقديمة والجديدة سواء لإطلاق ما روي) من غير تفرقة بين الجديدة والقديمة . وقال الشافعي : إن كانت الجديدة بكرا يفضلها بسبع ليل وإن كانت ثيبا فبثلاث ، ثم التسوية بعد ذلك لحديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « تفضل البكر بسبع والثيب بثلاث » والحاصل أن الاختلاف في موضعين : في الفرق بين البكر والثيب ، وفي تفضيل الجديدة على القديمة ، فني المصنف الأول بقوله ولا فصل فيما روي ، والثاني بقوله لإطلاق ما روي ، وما رواه محمول على التفضيل بالبداية دون الزيادة كما ذكر في حديث أم سلمة أنه عليه الصلاة والسلام قال « إن شئت سبعت لك وسبعت لهن » ونحن نقول للزوج أن يتبدى بالجديدة ولكن

(قال المصنف : وعن عائشة رضي الله عنها « أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يعدل في القسم بين نسائه ») أقول : فيه بحث ، فإن فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يدل على الوجوب ، وقد صرحوا بأن القسم لم يكن واجبا عليه صلى الله عليه وسلم فكيف يصح الاستدلال بهذا على وجوب القسم ، وتمتع الحديث لاتدل على الوجوب أيضا وإلا يلزم أن تجب التسوية في الوطأت والقبيلات لأنها مما يملك ويمكن أن يقال : المواظبة المدلول عليها بقوله كان يعدل تدل على الوجوب (قال المصنف : ولا فصل فيما روي) أقول : قال الإتيان : أراد به الحديثين المذكورين قبل هذا ، ولكن هذا تكرار من صاحب الهداية بلا فائدة لأن علم الفصل فيما رواه يعلم من قوله لإطلاق ما روي وما كان يحتاج إلى ذكرهما جميعا . وجوابه لا يخفى ، فإنه استدلال أولاً على المسئلة المذكورة في المختصر ثم بين أن الجديدة والقديمة سواء واستدل عليه أيضا ، وكلاهما محل الخلاف بيننا وبين الشافعية ، لكن كان الأول أن يقول لما ذكرنا من أنه لا فصل الخ بدل قوله لإطلاق ما روي . (٥٥ - فتح القدير حتى ٣)

ولأن القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهما في ذلك، والاختيار في مقدار الدور إلى الزوج لأن المستحق هو التسوية دون طريقه ، والتسوية المستحقة في البيتوتة لا في المجامعة لأنها تبتنى على النشاط ،

ثلاث ثم يعود إلى أهله « أخرجه الدارقطني عنه . وروى البزار من طريق أبيوب السخيتاني عن أبي قلابة عن أنس « أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل للبكر سبعا وللثيب ثلاثا » وعنه قال : « من السنة إذا تزوج البكر على الثيب أقام عندها سبعا ثم قسم » ، وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثا ثم قسم « رواه الشيخان في الصحيحين . وفي صحيح مسلم عن أم سلمة « لما تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم فدخل عليها أقام عندها ثلاثا ثم قال : إنه ليس بك على أهلك هوان ، إن شئت سبعت لك وإن سبعت لك سبعت لثسائي » وهذا دليل استثناء الشافعي ما ذكرنا من أنه يسقط حقها ويحتسب عليها بالمدة إن طلبت زيادة على الثلاث ولأنها لم تألف صحبته ، وقد يحصل لها في أول الأمر فترة فكان في الزيادة إزالتها . ولنا ما روينا من غير فصل وما تلونا وما ذكر من المعنى وهو قوله (ولأن القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهما في ذلك) فلا تفاوت بينهما في القسم . وأما المعنى الذي علل به فعارض بأن تخصيص القديمة به أولى لأن الوجشة فيها متحققة وفي الجديدة متوهمة ، وإزالة تلك الفترة تمكن بأن يقيم عندها السبع ثم يسبح للباقيات ولم تنحصر في تخصيصها . واعلم أن المروي إن لم يكن قطعي الدلالة في التخصيص وجب تقديم الآية ، والحديث المطلق لوجوب التسوية وإن كان قطعيًا وجب اعتبار التخصيص بالزيادة فإنه لا يعارض ما روينا وتلونا لأن مقتضاها العدل ، وإذا ثبت التخصيص شرعا كان هو العدل فإننا نراه لم ينحصر في التسوية بل يتحقق مع علمها لعارض وهو رق إحدى المرأتين حتى كان العدل أن يكون لإحدهما يوما وللأخرى يومين ، فليكن أيضا بتخصيص الجديدة الدهشة بالإقامة سبعا إن كانت بكرا وثلاثا إن كانت ثيبا لتألف بالإقامة وتطمئن . هذا وكما لا فرق بين الجديدة والقديمة كذلك لا فرق بين البكر والثيب والمسلمة والكتابية الحرتين والمجنونة التي لا يخاف منها والمريضة والصحيحة والرتقاء والحائض والنفساء والصغيرة التي يمكن وطؤها والمحرم والمظاهر منها ومقابلاتهن ، وكذلك يستوى وجوبه على العنين والمحجوب والمرضى والصبي الذي دخل بامرأته ومقابلهم . قال مالك : ويدور على الصبي به على نسائه لأن القسم بحق العباد وهم من أهله ، وصح « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما مرض استأذن نساءه أن يمرض في بيت عائشة فأذن له » (قوله والاختيار في مقدار الدور إلى الزوج لأن المستحق هو التسوية دون طريقه) إن شاء يوما يوما وإن شاء يومين يومين أو ثلاثا ثلاثا أو أربعاً أربعاً . واعلم أن هذا الإطلاق لا يمكن اعتباره على صرافته ، فإنه لو أراد أن يدور سنة سنة ما يظن إطلاق ذلك له ، بل ينبغي أن لا يطلق له مقدار مدة الإبلاء وهو أربعة أشهر ، وإذا كان وجوبه للتأنيس ودفع الوجشة وجب أن تعتبر المدة القريبة ، وأظن أكثر من جمعة مضارة إلا أن ترضيا به والله أعلم (قوله والتسوية المستحقة في البيتوتة لا في المجامعة لأنها تبتنى على النشاط)

بشرط أن يسوي بينهما (ولأن القسم من حقوق النكاح) كالفقعة ، ولا تفاوت في ذلك بين البكر والثيب والجديدة والقديمة ، كما لا تفاوت بين المسلمة والكتابية والبالغة والمراقة والمجنونة والعاقلة والمريضة والصحيحة للمساواة بينهما في سبب هذا الحق وهو الحل الثابت بالنكاح ، وكذلك في طرف الرجل المحجوب والخصي والعنين والغلام الذي لم يحتلم إذا دخل بامرأته يجب عليهم القسم . وقوله (والاختيار في مقدار الدور للزوج) ظاهر .

(قال المصنف : لأن المستحق هو التسوية دون طريقه) أقول : ذكر الفقيه الراجع إلى التسوية لكونها مصدرا أو كونهما بمعنى العدل أو باعتبار كونها المستحق .

(وإن كانت أحدهما حرة والأخرى أمة فالحررة الثلثان من القسم وللأمة الثلث) بذلك ورد الأثر . ولأن حل الأمة أنقص من حل الحررة فلا بد من إظهار النقصان في الحقوق . والمكاتب والمديرة وأم الولد بمنزلة الأمة لأن الرق فيهن قائم . قال (ولاحق لهن في القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن ، والأولى أن يقرع بينهما فيسافر بمن خرجت قرعها) وقال الشافعي : القرعة مستحقة ، لما روى

ولا خلاف فيه . قال بعض أهل العلم : إن تركه لعدم الداعية والانتشار فهو عذر ، وإن تركه مع الداعية إليه لكن داعيته إلى الضرر أقوى فهو مما يدخل تحت قدرته ، فإن أدى الواجب منه عليه لم يبق لها حق ولم يلزمه التسوية . واعلم أن ترك جماعها مطلقا لا يحل له ، صرح أصحابنا بأن جماعها أحيانا واجب ديانة لكنه لا يدخل تحت القضاء والإلزام إلا الوطأة الأولى ولم يقدروا فيه مدة ، ويجب أن لا يبلغ به مدة الإيلاء إلا برضاها وطيب نفسها به . هذا والمستحب أن يسوى بينهما في جميع الاستمتاع من الوطء والقبلة ، وكذا بين الجوارى وأمهات الأولاد ليحصنهن عن الإشياء للزنا والميل إلى الفاحشة ، ولا يجب شيء لأنه تعالى قال - فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم - فأفاد أن العدل بينهما ليس واجبا . هذا فأما إذا لم يكن له إلا امرأة واحدة فتشغل عنها بالعبادة أو السراري اختار الطحاوي رواية الحسن عن أبي حنيفة أن لها يوما وليلة من كل أربع ليال وباقيا له لأن له أن يسقط حقها في الثلاث بتزوج ثلاث خرائر ، فإن كانت الزوجة أمة فلها يوم وليلة في كل سبع ، وظاهر المذهب أن لا يتعين مقدار لأن القسم معنى نسبي وإيجابه طلب إجماده وهو يتوقف على وجود المنتسبين فلا يطلب قبل تصوره بل يؤمر أن يبيت معها ويصحبها أحيانا من غير توقيت ، والذي يقتضيه الحديث أن التسوية في المكث أيضا بعد البيوتة ؛ ففي السنن عن عائشة رضي الله عنها قالت « كان النبي صلى الله عليه وسلم لا يفضل بعضا على بعض في القسم في مكثه عندنا ، وكان قل يوم إلا وهو يطوف علينا جميعا فيدنو من كل امرأة منا من غير مسيس حتى يبلغ إلى التي هو في يومها فيبيت عندها » وعلم من هذا أن التوبة لا تمنع أن يذهب إلى الأخرى لينظر في حاجتها ويمهد أمورها . وفي صحيح مسلم « أنهن كن يجتمعن في بيت التي يأتيها » والذي يظهر أن هذا جائز برضا صاحبة التوبة إذ قد تنضيق لذلك وتنحصر له . ولو ترك القسم بأن أقام عند إحدها شهرا مثلا أمره القاضي بأن يستأنف العدل لا بالقضاء ، فإن جار بعد ذلك أوجعه عقوبة ، كذا قالوا . والذي يقتضيه النظر أن يؤمر بالقضاء إذا طلبت لأنه حق أدى وله قدرة على إيفائه (قوله وإن كانت إحدهما حرة والأخرى أمة فالحررة الثلثان من القسم وللأمة الثلث بذلك ورد الأثر) قضى به أبو بكر وعلي رضي الله عنهما ، وبالقضاء عن علي احتج الإمام أحمد ، وتضعيف ابن حزم إياه بالمنهال بن عمرو وبابن أبي ليلى ليس بشيء لأنهما ثبتان حافظان ، وإذا كانت الأمة مديرة رجل أو مكاتبته أو أم ولد له فهي كالأمة القيام الرق فيهن (قوله ولاحق لهن في القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن ، والأولى أن يقرع بينهما فيسافر بمن خرجت قرعها . وقال الشافعي : القرعة مستحقة

وقوله (بذلك ورد الأثر) يعني ما روى عن علي أنه قال : للحررة ثلثان من القسم وللأمة الثلث ، ولم يرو عن أحد خلافه . فحل محل الإجماع . وقوله (ولأن حل الأمة أنقص من حل الحررة) يدل عليه أنه لا يحل نكاحها مع الحررة ولا بعدها وإنما يحل قبلها وموضع أصول الفقه (فلا بد من إظهار النقصان في الحقوق) لأن الحكم يثبت بقدر دليله (والمكاتب والمديرة وأم الولد بمنزلة الأمة لأن الرق فيهن قائم) فيكون لهن الثلث من القسم كالأمة . وقوله (ولاحق لهن في القسم حالة السفر) هذا الكلام يشتمل على ثلاث مسائل : إحداها أن القرعة مستحقة عندنا وعند الشافعي

«أن النبي عليه الصلاة والسلام كان إذا أراد سفر أفرع بين نسائه» إلا أنا نقول: إن القرعة لتطيب قلوبهن فيكون من باب الاستحباب ، وهذا لأنه لاحق للمرأة عند مسافرة الزوج ؛ ألا يرى أن له أن لا يستحب واحدة منهن فكذا له أن يسافر بواحدة منهن ولا يحتسب عليه بتلك المدة (وإن رضيت إحدى الزوجات بترك قسمها لصاحبها جاز) لأن سودة بنت زمعة رضى الله عنها

لما روى الجماعة من حديث عائشة (« كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أراد سفرا أفرع بين نسائه ») فنخرج سهمها خرج بها معه « مختصرا ومطولا بحديث الإفاك . قلنا ذلك كان استحبابا لتطيب قلوبهن ، وهذا لأن مطلق الفعل لا يقتضى الوجوب فكيف وهو مخوف بما يدل على الاستحباب ، وذلك أنه لم يكن القسم واجبا عليه صلى الله عليه وسلم قال تعالى - ترجى من تشاء منهم وتؤوى إليك من تشاء - ومن أرجأ سودة وجورية وأم حبيبة وصفية وميمونة ، ذكره الحافظ عبد العظيم المنذرى ، ومن آوى عائشة والباقيات رضى الله عنهن ولأنه قد يثنى إحداها في السفر وبالأخرى في الحضر والقرار في المنزل لحفظ الأمتعة أو لخوف الفتنة ، أو يمنع من سفر إحداها كثرة سمنها فتعين من يخاف صحبتها في السفر للسفر بخروج قرعتها إلزام للضرر الشديد وهو من دفع بالتأني للحرج . وأما قول المصنف : ألا يرى أن له أن لا يستحب واحدة منهن فكذا له أن يسافر بواحدة منهن فظاهر فيه منع الملازمة ، إذ لا يلزم من أن له أن لا يسافر بأحد أن يكون له أن يختص واحدة بالسفر بها لأن في ترك السفر بالكل تسوية ، بخلاف تخصيص إحداهن ، وهذا لأن اللازم التسوية وهو أنه إذا بات عند واحدة ليلة يبيت عند الأخرى كذلك لا على معنى وجوب أن يبيت عند كل واحدة منهما دائما ، فإنه لو ترك المبيت عند الكل بعض الليالي وانفرد لم يمنع من ذلك . (قوله وإن رضيت إحدى الزوجات بترك قسمها لصاحبها جاز) هذا إذا لم يكن برشوة من الزوج بأن زادها في مهرها لتفعل أو تزوجه بشرط أن يزوجه أخرى فيقيم عندها يومين وعند المخاطبة يوما فإن الشرط باطل ، ولا يحل لها المال في الصورة الأولى فله أن يرجع فيه ، وأما إذا دفعت إليه أو حطت عنه مالا ليزيدها فظاهر أنه لا يلزم ولا يحل لهما ولها أن ترجع في مالها (قوله لأن سودة بنت زمعة) بفتحيتين (سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يراجعها الخ) هذا يقتضى أنه طلقها . قال محمد : بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « أنه قال لسودة بنت زمعة اعتدى ، فسأله بوجه الله أن يراجعها وتجعل يومها لعائشة لأن تحشر يوم القيامة مع أزواجه » والذي ورد في الصحيحين لا يتعرض له ، بل إنها جعلت يومها لعائشة رضى

مستحقة ، والثانية أنه إذا سافر بواحدة من غير قرعة ثم رجع هل للباقيات أن يحتسبن تلك المدة أو لا ؟ عندنا ليس لمن ذلك خلافا له ، وهذه بناء على الأولى لأن الإقراع إذا كان مستحقا ولم يفعله كانت مدة سفره نوبة التي كانت معه فينبغى أن يكون عند الأخرى مثل ذلك ليتحقق العدل ، ولكننا نقول وجوب التسوية في وقت

(قوله وهذه بناء على الأولى) أقول : فيه بحث ، فإنهم صرحوا أنه لو أقام عند واحدة منهن شهرا في الحضر ورافته الأخرى لم يؤمر بقضاء ماضى ، وإنما يؤمر أن يسوى بينهما في المستقبل فكيف يصح قوله وهذه بناء وقوله ولكننا نقول الخ فليتأمل (قال المصنف : فكذا له أن يسافر بواحدة منهن) أقول : في صحة التفريع كلام . (قال المصنف : لأن سودة بنت زمعة رضى الله عنها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يراجعها وتجعل يوم نوبتها لعائشة رضى الله عنها) أقول : قد صرحوا أن القسم لم يكن واجبا عليه صلى الله عليه وسلم ، فلا يصح قياس الواجب على غير الواجب فليتأمل لجواز أن يكون جعلها لإياه لعائشة رضى الله عنها لعدم وجوب القسم .

سألت رسول الله عليه الصلاة والسلام أن يراجعها وتجعل يوم نوبتها لعائشة رضي الله عنها « (ولما أن ترجع في ذلك) لأنها أسقطت حقاً لم يجب بعد فلا يسقط ، والله أعلم .

الله عنها ، والذي في المستدرک يفيد علمه ، وهو عن عائشة قالت « قالت سودة حين أسنت وفرقت أن يفارقها رسول الله صلى الله عليه وسلم : يا رسول الله يومي لعائشة ، فقبل ذلك منها » قالت عائشة رضي الله عنها : فقيا وفي أشباهها أنزل الله تعالى - وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح - الآية وقال صحيح الإسناد : ويوافق ما في الكتاب مارواه البيهقي عن عروة : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق سودة . فلما خرج إلى الصلاة أمسكت بثوبه فقالت : والله مالى إلى الرجال من حاجة ، ولكنى أريد أن أحشر فى أزواجك ، قال : فراجعها وجعل يومها لعائشة » اهـ وهو مرسل . ويمكن الجمع بأنه صلى الله عليه وسلم كان طلقها طلاق رجعية فإن الفرقه فيها لا تنقح بمجرد الطلاق بل بانقضاء العدة . فعنى قول عائشة رضي الله عنها : فرقت أن يفارقها رسول الله صلى الله عليه وسلم : خافت أن يستمر الحال إلى انقضاء العدة فتقع الفرقه فيفارقها . ولا ينافيه بلاغ محمد ابن الحسن فإنه إنما ذكر في الكتابات اعتدى ، والواقع بهذه الرجعى لا البائن . وفرع بعض الفقهاء أنها إذا وهبت يومها له أنه أن يجعله لمن شاء من نسائه ، وإذا جعلته لغيرها المعينة لا يجوز له أن يجعله لغيرها لأن الليلة حقها فإذا صرفته لواحدة تعين . وفرعوا إذا كانت ليلة الواهبة تلى ليلة الموهوبة قسم لها ليلتين متواليتين ، وإن كانت لا تليها فهل له نقلها فيوالى لها ليلتين على قولين للشافعية والحنابلة . والأظهر عندى أن ليس له ذلك إلا برضا التلى في النوبة لأنها قد تنضرر بذلك (قوله ولما أن ترجع) قال بعض علماء الحنابلة : ليس لها المطالبة به فإنه خرج مخرج المعاوضة : يعنى عن الطلاق ، وقد سماه الله تعالى صلحا : يعنى قوله تعالى - فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا - فيلزم كما يلزم ماصولح عليه من الحقوق ، ولو مكنت من طلب حقها بعد ذلك كان فيه تأخير الضرر إلى أكمل حالته ولم يكن صلحا بل من أقرب أسباب المعادة والشرعية منزلة عن ذلك اهـ . وهو إنما يفيد عدم المطالبة بما مضى فيه وبه نقول ، إذ يستلزم عدم حصول المقصود من شرعية ذلك الاصطلاح عند الإعراض . أما فيما بعده فلا لأنه لم يجب فكيف يسقط ؟ فإن قيل : يلزم ثبوت الضرر والمعادة ، قلنا : لم يحرم عليه طريق الخلاص وقد كان يريد طلاقها لولا ما صالحته عليه ، فإذا أتلفت ما دفعت به المكروه عنها فله أن يفعل ما كان يريد فعله ويحصل الخلاص ، والله سبحانه أعلم .

[فروع نختم بها كتاب النكاح] لا يجوز أن يجمع بين الضرائر إلا بالرضا ، ويكره وطء إحداها بمحضرة الأخرى فلها أن لا تنجيه إذا طلب ، وله أن يمنعها من أكل ما يتأذى من رائحته ومن الغزل ، وعلى هذا له أن يمنعها من الزين بما يتأذى برائحته كأن يتأذى برائحة الحناء المخضرة ونحوه ، وله ضربها بترك الزينة إذا كان يريد لها وتوك الإجابة وهي طاهرة والصلاة وشروطها ، إلا أن تكون ذمية فليس له جبرها على غسل الجنابة والحيض والتفاس عندنا ، ويضربها على الخروج من منزله بلا إذن إلا إن احتاجت إلى الاستفتاء في حادثة ولم يرص الزوج أن يستفتى

استحقاق القسم عليه وفي حالة السفر ليس بمستحق فلا تجب التسوية فلا تكون تلك المدة محسوبة من نوبتها ، والثالثة أن رضيت بترك قسمها لصاحبها جاز ، وإن رجعت في ذلك فكذلك وكلامه واضح . وقوله (لأنها أسقطت حقاً لم يجب بعد فلا يسقط) توضيحه أن الإسقاط إنما يكون في القائم لأن ما ليس كذلك كان الرجوع عنه امتناعاً لا إسقاطاً فكان بمنزلة العارية ، وللمعير أن يرجع متى شاء لما قلنا فكذا هذا ، والله تعالى أعلم .

كتاب الرضاع

قال (قليل الرضاع وكثيره سواء إذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم) وقال الشافعي رحمه الله : لا يثبت

لها وهو غير عالم ، وما لم تقع حاجة إلى الاستفتاء له أن يمنعها عن الخروج إلى مجلس العلم . وإلا أن يكون أبوها زمنا وليس له من يقوم عليه مؤمنا كان أو كافرا فإن عليها أن تعصى الزوج في المنع . ولو كان له أم شابة تخرج إلى الوليمة والمصيبة أو لغيرهما لا يمنعها ابنها ما لم يتحقق أن خروجها للفساد فحينئذ يرفع الأمر إلى القاضي ، فإن أذن له بالمنع منعها لقيامه مقامه : والله أعلم .

كتاب الرضاع

لما كان المقصود من النكاح الولد وهو لا يعيش غالبا في ابتداء نشأته إلا بالرضاع وكان له أحكام تتعاقب به وهي من آثار النكاح المتأخرة عنه بمدة وجب تأخيرها إلى آخر أحكامه . قيل : وكان ينبغي أن يذكره في المحرمات لكنه أفرد به بكتاب على حدة لاختصاصه بمسائل كشهادة النساء وخلط اللبن ونحوه . والحق أنه ذكر في المحرمات ما يتعلق المحرمية به . وإنما ذكر هنا التفاصيل الكثيرة . والرضاع والرضاعة بكسر الراء فيهما وفتحها أربع لغات والرضع الخامسة : وأنكر الأصمعي الكسر مع الماء . وفعله في الفصيح من حد علم يعلم ، وأهل نجد قالوا من باب ضرب وعليه قول السلولى يذم علماء زمانه : . وذموا لنا الدنيا وهم يرضعونها . ثم قيل : كتاب الرضاع ليس من تصنيف محمد رحمه الله وإنما ألفه بعض أصحابه ونسبه إليه ليروجه ولذا لم يذكره الحاكم الشهيد أبو الفضل في مختصره المسمى بالكافي مع التزامه بإيراد كلام محمد رحمه الله في جميع كتبه مخذوفة التعاليل . وعامتهم على أنه من أوائل مصنفاته . وإنما لم يذكره الحاكم اكتفاء بما أورده من ذلك في كتاب النكاح . وهو في اللغة : مصّ اللبن من الثدي ، ومنه قولهم لثيم راضع : أي يرضع غنمه ولا يحلبها مخافة أن يسمع صوت حلبه فيطلب منه اللبن . وفي الشرع : مص الرضيع اللبن من ثدي الأممية في وقت مخصوص : أي مدة الرضاع المختلف في تقديرها (قوله قليل الرضاع وكثيره سواء إذا تحقق في مدة الرضاع تعلق به التحريم) وبه قال مالك ؛ أما لو شك فيه بأن

كتاب الرضاع

لم يذكر عامة مسائل الرضاع في فصل المحرمات وآتى بكتاب له على حدة لما أن له أحكاما بجهة مخصوصة به لا يشاركه فيها غيره . وسبب الحرمة بالرضاع الجزئية بنشور العظم وإنبات اللحم كالجزئية بالإعلاق في حرمة المصاهرة ، وكما أن الإعلاق أمر خفي وله سبب ظاهر أقيم مقامه وهو الوطء كذلك نشور العظم وإنبات اللحم أمر خفي وله سبب ظاهر وهو الإرضاع فأقيم مقامه ، والرضاع بفتح الراء وهو الأصل . وبكسرها وهو لغة فيه مص اللبن من الثدي . وفي الشريعة عبارة عن مص شخص مخصوص : وهو أن يكون صبيا رضيعا من ثدي مخصوص وهو ثدي الأممية في وقت مخصوص على ما نذكر بعد (وقليل الرضاع وكثيره إذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم) عندنا . وقال الشافعي : لا يثبت الرضاع إلا بنخمس رضعات يكتفى الصبي بكل واحدة منها .

كتاب الرضاع

(قوله وسبب الحرمة بالرضاع الجزئية الخ) أقول : يعني شبهة الجزئية .

التحريم إلا بخمس رضعات ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا تحرم المصّة ولا المصتان ولا الإملاجة ولا الإملاجتان » .

أدخلت الحلمة في فم الصغير وشكت في الارتضاع لا تثبت الحرمة بالشك : وهو كما لو علم أن صبية أرضعتها امرأة من قرية ولا يدري من هي فتزوجها رجل من أهل تلك القرية صح لأنه لم يتحقق المانع من خصوصية امرأة ، والواجب على النساء أن لا يرضعن كل صبي من غير ضرورة ، وإذا أرضعن فليحفظن ذلك ويشهرنه ويكتبنه احتياطاً . وقال الشافعي رحمه الله : لا يثبت التحريم إلا بخمس رضعات مشبعات في خمسة أوقات متفاصلة عرفاً : وعن أحمد رحمه الله روايتان كقولنا وكقوله لقوله صلى الله عليه وسلم « لا تحرم المصّة والمصتان » الحديث رواه مسلم في حديثين صدره حديث عائشة رضي الله عنها أنه صلى الله عليه وسلم قال « لا تحرم المصّة والمصتان » وآخره عن أم الفضل بنت الحرث قالت « دخل أعرابي على رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيتي فقال : يا رسول الله إني كانت لي امرأة فتزوجت عليها أخرى ، فرغمت امرأتى الأولى أنها أرضعت الحديثى رضة أو رضعتين ، فقال صلى الله عليه وسلم : لا تحرم الإملاجة والإملاجتان » وأخرج ابن حبان في صحيحه حديثاً واحداً عن عبد الله بن الزبير عن أبيه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تحرم المصّة والمصتان ولا الإملاجة والإملاجتان » فقول شارح في قوله ولا الإملاجة والإملاجتان إنه لم يثبت في كتب الحديث ليس بصحيح . والإملاجة : الإرضاعة : والتاء للوحدة ، والإملاج : الإرضاع ، وأملجته أرضعته ، وملج هو أمه : رضعها . وهذا الحديث لا يصلح لإثبات مذهبه ، وقيل يمكن أن يثبت به مذهبه بطريق هو أن المصّة داخلة في المصتين فحاصله لا تحرم المصتان ولا الإملاجتان ، فتنفى التحريم عن أربع فلزم أن يثبت بخمس وهذا ليس بشيء . أما أولاً فلأن مذهبه ليس التحريم بخمس مصات بل بخمس مشبعات في أوقات ، وأما ثانياً فلأن المصّة غير الإملاجة : فإن المصّة فعل الرضيع ، والإملاجة الإرضاعة فعل المرضعة . فحاصل المعنى أنه صلى الله عليه وسلم نفى كون الفعلين محرمين منه ومنها ، وعلى هذا فالتحقيق أنه لا يتأتى حديثاً واحداً لأن الإملاج ليس حقيقة المحرم بل لازمه من الارتضاع ، فتنفى تحريم الإملاج نفى تحريم لازمه ، فليس الحاصل من « لا تحرم الإملاجتان » إلا لا تحرم لزمهما : أعني المصتين فلو جمعا في حديث واحد كان الحاصل لا تحرم المصتان فلزم أن لا يصح أن يراد إلا المصتان لا الأربع . فإن قلت : فقد ذكرت آنفاً حديثاً واحداً في صحيح ابن حبان من رواية ابن الزبير عن أبيه رضي الله عنه . قلت : يجب كون الراوى وهو الزبير أراد أن يجمع بين ألفاظه صلى الله عليه وسلم التي سمعها منه في وقتين كأنه قال : قال صلى الله عليه وسلم « لا تحرم المصّة ولا المصتان » وقال أيضاً « لا تحرم الإملاجة ولا الإملاجتان » وقيل بطريق آخر وهو أنه ناف المذهبنا فيثبت به مذهبه لعدم القائل بالفصل وليس كذلك فإنه قال بالفصل أبو ثور وابن المنذر وداود وأبو عبيد وهؤلاء أئمة الحديث ، قالوا : المحرم ثلاث رضعات ، اللهم إلا أن لا يعتبر قولهم ، وفيه نظر لقوة وجهه بالنسبة إلى وجه قول الشافعي رحمه الله وذلك أن الذي أثبت به مذهبه ما في مسلم عن عائشة رضي الله عنها قالت :

لقوله عليه الصلاة والسلام « لا تحرم المصّة ولا المصتان ولا الإملاجة ولا الإملاجتان » والمصّة فعل الرضيع والإملاجة فعل المرضع وهو الإرضاع . ووجه الاستدلال به أنه يدل على أن القليل منه غير محرم ، وأما أن يكون منحصرًا في خمس مشبعات فليس له دلالة على ذلك لكن لما انتفى به مذهب خصمه ثبت مذهبه لعدم القائل

قال المصنف (لقوله صلى الله عليه وسلم « لا تحرم المصّة ولا المصتان ولا الإملاجة » الحديث) أقول : الإملاج : الإرضاعة ، والتاء للوحدة

« كان فيما نزل من القرن عشر رضعات معلومات يحرم من ، ثم نسخن بخمس رضعات معلومات يحرم من ، فتوفي النبي صلى الله عليه وسلم وهن فيما يقرأ من القرآن » . قالوا وهذا يدل على قرب النسخ حتى إن من لم يبلغه كان يقرؤها وهو لا يستقيم إلا على إرادة نسخ الكل وإلا لزم ضياع بعض القرآن الذي لم ينسخ وعلمه كما عن الروافض ، وإلا لوجب أن يتلى خمس رضعات الخ ، فدار الأمر بين الحكم بنسخ الكل لعدم التلاوة الآن فينبغي أن يوقف ثبوت الحرمة على خمس رضعات وعلمه فيثبت قول الروافض ذهب كثير من القرآن بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم لم تثبت الصحابة رضي الله عنهم ، وإذا بطل التمسك به وإن كان إسناده صحيحا لا نقطاعه باطنا وثبت نفي تحريم المصصة والمصتان والرضاع محرم وجب التحريم بالثلاث . وما روى عنها أنه كان في صحيفة تحت سريري فلما مات صلى الله عليه وسلم تشاغلنا بموته فدخلت دواجن فأكلتها لا ينفي ذلك النسخ : يعني كان مكتوبا ولم يغسل بعد للقرب حتى دخلت الدواجن . وإلا فالقرآن لا تجوز الزيادة فيه ولا النقص بعده صلى الله عليه وسلم ، قال تعالى - إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون - وما قيل ليكن نسخ الكل ويكون السخ التلاوة مع بقاء الحكم وإن هذا مما لا جواب عنه فليس بشيء ، لأن ادعاء بقاء حكم الدال بعد نسخه يحتاج إلى دليل ، وإلا فالأصل أن نسخ الدال يرفع حكمه ، وأما ما نظر به من « الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما » فلولا ما علم بالسنة والإجماع لم يثبت به وإذا احتاج إلى ثبوت كون المحرم الخمس ولم يكن هذا الحديث مثبتا له فالدليل عليه مستأنف ، وما ذكر له أولا قد سمعت ما فيه فحينئذ تمسكهم في الثلاث أظهر من متمسكه في الخمس ونحن إلى جوابه أحوج فكيف لا يعتبر ؟ نعم أحسن الأدلة له حديث عائشة رضي الله عنها في مسلم وغيره قالت « جاءت سهلة بنت سهيل امرأة أبي حذيفة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله إني أرى في وجه أبي حذيفة من دخول سالم وهو حليفه ، فقال صلى الله عليه وسلم : أَرْضَعِي سَالِمًا خَسًا تَحْرِمِي بِهَا عَلَيْهِ » إلا أن مسلما لم يذكر عددا . وكذا السنن المشهورة ، بل نقل في مسند الشافعي رحمه الله مخالفا لها على ما فيه . والجواب أن التقدير مطلقا منسوخ صريح بنسخه ابن عباس رضي الله عنهما حين قيل له : إن الناس يقولون إن الرضعة لا تحرم ، فقال : كان ذلك ثم نسخ . وعن ابن مسعود رضي الله عنه قال : آل أمر الرضاع إلى أن قليله وكثيره يحرم . وروى عن ابن عمر أن القليل يحرم ، وعنه أنه قيل له : إن ابن الزبير رضي الله عنه يقول : لا بأس بالرضعة والرضعتين ، فقال : قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير ، قال تعالى - وأمهااتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة - فهذا إما أن يكون رد للرواية لنسخها أو لعدم صحتها أو لعدم إجازته تقييد إطلاق الكتاب بخبر الواحد فإنه تعالى علق التحريم بفعل الرضاعة من غير فصل ، وهذا ما قال المصنف رحمه الله ، وما رواه مردود بالكتاب أو منسوخ به ، ثم الذي يحرم

بالفصل ، وفيه نظر لأن من أصحاب الظواهر من يقول بثلاث رضعات مشبعات ، ولو تمسك بحديث عائشة « كان فيما أنزل عشر رضعات معلومات يحرم من فنسخن بخمس رضعات معلومات يحرم من ، وكان ذلك مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم » كان أدل على المطلوب ، لكن قولها مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم يضعفه لأنه لا نسخ بعده ، ولنا قوله تعالى - وأمهااتكم اللاتي أرضعنكم - وقوله عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع ما يحرم

(قوله لكن قولها مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم يضعفه لأنه لا نسخ بعده) أقول : قال الرافعي في شرح الوجيز : وحمل ذلك على قراءة حكمها انتهى ، يعنى قولها وكان ذلك مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم محمول على قراءة الحكم ، وبه ينفع ما ذكره الشارح .

ولنا قوله تعالى - وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم - الآية ، وقوله عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » من غير فصل ، ولأن الحرمة وإن كانت لشبهة البعضية الثابتة بنشور العظم وإنابت اللحم لكنه أمر مبطن فتعلق الحكم بفعل الإرضاع ، وما رواه مردود بالكتاب أو منسوخ به ، وينبغي أن يكون في مدة الرضاع لما نين (ثم مدة الرضاع ثلاثون شهرا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقال سنان) وهو قول الشافعي رحمه الله .

به في حديث سهلة أنه صلى الله عليه وسلم لم يرد أن يشبع سالما خمس شعبات في خمسة أوقات متفصلات جائعا لأن الرجل لا يشبعه من اللبن رطل ولا رطلان فأين تجد الآدمية في ثديها قدر ما يشبعه ؟ هذا محال عادة ، فالظاهر أن مغلوطا خمسا فيه المصبات ، ثم كيف جاز أن يباشر عورتها بشفتيه فلعل المراد أن تحلب له شيئا مقداره خمس مصبات فيشربه وإلا فهو مشكل . هذا وهو منسوخ من وجه آخر أيضا كما سيأتي بيانه والله أعلم (قوله ولنا قوله تعالى - وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم -) تقدم في استدلال ابن عمر رضي الله عنهما ، وأما قوله صلى الله عليه وسلم « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » فحديث في الصحيحين مشهور (قوله ولأن الحرمة وإن كانت لشبهة البعضية) جواب سؤال هو أن الحرمة بالرضاع لاختلاط البعضية بسبب النشوء الكائن عنه وذلك لا يتحقق بأدنى شيء . أجاب بأن ذلك حكمة لأنه خفي والأحكام لاتتعلق بها لحفاؤها بل بالظاهر المنضبط وهو فعل الارضاع . فلو قال : الظاهر لابد من كونه مظنة للحكمة ومطلقة ليس مظنة للنشوء فلا يتعلق التحريم به . قلنا : ولا يتوقف النشوء على خمس مشبعات بل واحدة تفيد ، فالتعلق بخمس زيادة تستلزم تأخير الحرمة عن وقت تعلقها . والحق أن الرضاع وإن قل يحصل به نشوء بقدره فكان الرضاع مطلقا مظنة بالنسبة إلى الصغير . وقولنا قول جمهور الصحابة منهم علي وابن مسعود ، وأسد الرواية عنهما به النساء وابن عباس رضي الله عنهما وجمهور التابعين ، هذا والأولى أن يقال للبعضية لأن الحرمة لشبهة البعضية وإقامة السبب مقام المسبب إنما هي حرمة المصاهرة ، أما في الرضاع فحقيقة الجزئية باللبن هي الحرمة ، لكن لما كان التحريم يثبت بمجرد حصول اللبن في الجوف قبل استحالة كان المحرم شبهها : أي ما يتول إلى الجزئية . وينبغي أن يكون الرضاع الموجب للتحريم في مدة الرضاع على مانين في المسئلة التي تليها وهي قوله (ثم مدة الرضاع) التي إذا وقع الرضاع فيها تعلق به التحريم (ثلاثون شهرا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقال سنان) وهو قول الشافعي ومالك وأحمد ، وقال زفر : ثلاثة أحوال ، وعن مالك رحمه الله سنان وشهر ، وفي أخرى شهران ، وفي أخرى مادام محتاجا إلى اللبن غير مستغن عنه . وقال بعضهم : لاحد له للإطلاقات فيوجب التحريم ولو في حال الكبر ، وعن بعضهم إلى خمس عشرة سنة ، وقال

من النسب » من غير فصل : يعني في الكتاب والسنة ، والزيادة على الكتاب بخبر الواحد لا يجوز على ماعر (قوله ولأن الحرمة وإن كانت لشبهة البعضية) دليل معقول يتضمن جواب : سؤال مقدر تقديره : تحريم الرضاع باعتبار إنبات العظم وإنابت اللحم وليس ذلك في القليل . وتقرير الجواب الحرمة وإن كانت لشبهة البعضية الثابتة بنشور العظم وإنابت اللحم لكنه أمر مبطن فتعلق الحكم بفعل الإرضاع . وقوله (وما رواه) جواب عن استدلال الخصم بأن ما رويتم إما مردود بالكتاب لأن العمل به أقوى على تقدير أن يكون الكتاب قبله أو منسوخ إن كان بعده . والإنبات بالراء : الإحياء ، وفي التنزيل - ثم إذا شاء أنشره - ومنه « لارضاع إلا ما أنشر العظم وأنبت اللحم » أي قواه وشده كأنه أحياء ، ويروى بالزراي كذا في المغرب . قوله (وينبغي أن يكون في مدة الرضاع) ظاهر .

وقال زفر: ثلاثة أحوال، لأن الحول حسن التحول من حال إلى حال، ولا بد من الزيادة على الحولين لما نبين فيقدر به : ولهما قوله تعالى - وحمله وفصاله ثلاثون شهرا - ومدة الحمل أذناها ستة أشهر فبقى للفصال حولان . وقال النبي عليه الصلاة والسلام « لا رضاع بعد حولين » وله هذه الآية . ووجهه أنه تعالى ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكاملها كالأجل المضروب للدينين ، إلا أنه قام المنقص في أحدهما فبقى في الثاني على ظاهره ، ولأنه لا بد من تغير الغذاء لينقطع الإنبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره فقدرت بأدنى مدة الحمل لأنهما مغيرة ، فإن غذاء الجنين يتغير غذاء الرضيع كما يتغير غذاء القطيم ، والحديث محمول على مدة الاستحقاق .

آخرون إلى أربعين سنة ، ولا عبرة بهذين القولين (قوله لأن الحول حسن الخ) هذا وجه قول زفر رحمه الله . وحاصله أنه لا بد من مدة يتعود فيها الصبي غير اللبن لينقطع الإنبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود فيها الصبي تغير الغذاء والحول حسن التحول من حال إلى حال لاشتماله على الفصول الأربعة فقدر بالثلاثة وهذا هو المراد بقوله لما نبين : أى في دليل أبي حنيفة رحمه الله . ولهما قوله تعالى - وحمله وفصاله ثلاثون شهرا - ومدة الحمل أذناها ستة أشهر فبقى للفصال حولان . وقال صلى الله عليه وسلم « لا رضاع بعد حولين » رواه الدارقطني عن ابن عباس يرفعه هكذا « لا رضاع إلا ما كان من حولين » . وظاهر أن المراد نفي الأحكام وقال : لم يسنده عن ابن عينة إلا الهيثم بن جميل وهو ثقة حافظ اهـ . وكذا وثقه أحمد رحمه الله والعلجلى وابن حبان وغير واحد ، وروى موقوفا على ابن عباس رضى الله عنهما بلا ريب ، وأخرجه ابن أبي شيبة موقوفا على ابن مسعود وعلى الدارقطني على عمر . وأظهر الأدلة لهما قوله تعالى - والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة - فجعل التمام بهما ولا مزيد على التمام . ولأبي حنيفة رحمه الله هذه الآية . ووجهه أنه سبحانه ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكاملها كالأجل المضروب للدينين على شخصين بأن قال أجلت الدين الذى لى

وقوله (لأن الحول حسن التحول من حال إلى حال) باعتبار حولان الحول الموجب لتغير الطباع ، ولا بد من الزيادة على الحولين لما تبين : يعنى في وجه قول أبي حنيفة : فتقدر ، أى الزيادة به : أى بالحول . ولهما قوله تعالى - وحمله وفصاله ثلاثون شهرا - ووجه الاستدلال ما ذكره أنه جعل مدة الحمل والفصال ثلاثين شهرا ، ومدة الحمل أذناها ستة أشهر فبقى للفصال حولان . وقوله (عليه الصلاة والسلام « لا رضاع بعد حولين » ولأبي حنيفة رحمه الله هذه الآية) يعنى قوله تعالى - وحمله وفصاله ثلاثون شهرا - (ووجهه ما ذكره أن الله تعالى ذكر شيئين) يعنى الحمل والفصال (وضرب لهما مدة) وهو قوله تعالى - ثلاثون شهرا - وكل ما كان كذلك كانت المدة لكل واحد منهما بكاملها كما في الأجل المضروب للدينين مثل أن يقول لفلان على ألف درهم وخمسة أقتزة حنطة إلى شهرين يكون الشهران أجلا لكل واحد من الدينين بكامله إلا أنه قام المنقص في أحدهما : يعنى الحمل وهو حديث عائشة : « الولد لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل » . فإن قلت : هذا المنقص على تقدير كونه حديثا يلزم به تغير الكتاب وهو لا يجوز . أجيب بأن الكتاب مؤول . فإن عامة أهل التفسير جعلوا الأجل المضروب للدينين متوزعا عليهما فلم يكن دلالة الكتاب على ما استدلل به المصنف قطعية ، ويؤيده ما روى أن رجلا تزوج

(قال المصنف : لما نبين فيقدر به) أقول : بعد ثلاثة أسطر (قوله فلم تكن دلالة الكتاب الخ) أقول : بل لاحتمال تلك الدلالة وإلا يلزم التفسير المستحيل فلا يصح الاستدلال .

على فلان والدين الذي لى على فلان سنة يفهم منه أن السنة بكماها لكل ، أو على شخص فيقول لفلان على ألف درهم وعشرة أفقرة إلى سنة فصدقه المقر له في الأجل ، فإذا مضت السنة يتم أجلهما جميعا إلا أنه أقام المنقصر في أحدهما : يعنى في مدة الحمل ، وهو قول عائشة رضى الله عنها : « الولد لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين ولو بقدر فلانة مغزل » . وفي رواية : « ولو بقدر ظل مغزل » . ومثله مما لا يقال إلا سماعا لأن المقدرات لا يتبدى العقل إليها وسنخرجه في موضعه إن شاء الله تعالى . وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم « الولد لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين » فتبقى مدة الفصال على ظاهرها ، غير أن هذا يستلزم كون لفظ ثلاثين مستعملا في إطلاق واحد في مدلول ثلاثين وفي أربعة وعشرين ، وهو الجمع بين الحقيقى والمجازى بلفظ واحد ، وكونه بالنسبة إلى شيئين لا يبنى كونه كذلك وهو الممتنع ، وإلا لم يمتنع لأنه ما من جمع إلا بالنسبة إلى شيئين . وإشكال آخر وهو أن أسماء العدد لا يتجاوز بشيء منها في الآخر ، نص عليه كثير من المحققين لأنها بمنزلة الإعلام على مسمياتها حتى منعت الصرف مع سبب واحد فقالوا ستة عشر ضعف ثمانية بلا تنوين ، ومما ذكره صاحب النهاية في فصل المشيئة من كتاب الطلاق ، إلا أنه يقتضى أن نحو عشرة إلا اثنين لم يرد به ثمانية بل عشرة فأخرج ثم أسند إلى ثمانية ، وهو قول طائفة من الأصوليين مطلقا ومختارا طائفة من المشايخ فيما إذا كان استثناء من عدد منهم شمس الأئمة وفخر الإسلام والقاضى أبو زيد خلاف قول الجمهور وقد حققناه في الأصول . ويمكن أن يستدل لأبي حنيفة رحمه الله بقوله تعالى - والوالدات يرضعن أولادهن - الآية بناء على أن المراد من الوالدات المطلقات بقرينة - وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن - فإن الفائدة في جعله نفقة من حيث هي ظئر أوجه منها في اعتباره بإيجاب نفقة الزوجة لأن ذلك معلوم بالضرورة قبل البعثة ، ومن قوله تعالى - لينفق ذو سعة - الآية ولأن نفقة لا تختص بكونها والدة مرضعة بل متعلقة بالزوجة ، بخلاف اعتبارها نفقة الظئر ويكون حينئذ أجرة لها لأن النفقة لها باعتبارها ظئرا غير زوجة لا تكون إلا أجرة لها ، واللام من - لمن أراد - متعلق بيرضعن : أى يرضعن للآباء الذين أرادوا إتمام

امرأة فولدت لسته أشهر ، فجىء بها إلى عثمان فشاور في رجبها ، فقال ابن عباس : إن خاصمتكم بكتاب الله خصمتكم ، قالوا كيف ؟ قال : إن الله تعالى يقول - وحمله وفصاله ثلاثون شهرا - وقال - والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين - فحمله ستة أشهر وفصاله حولان ، فتركها . وإذا لم تكن دلالتها على ذلك كذلك لم يلزم التغيير وإنما يلزم إثبات مسألة فرعية بآية مؤولة ولا بعد فيه ، ولأنه لا بد من تغير الغذاء لينقطع الإنبات باللبن ويحصل تغير إبقاء حياته ، وذلك أى التغيير بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره لأن القطع عن اللبن دفعة من غير أن يتعود غيره مهلك ، وهذا هو الذى وعده المصنف لزفر لكنه قدره بستة كما في العين ، وقدرناه بأدنى مدة الحمل لأنها مغيرة فإن غذاء الجنين يغير غذاء الرضيع ، فإن غذاء الجنين كان غذاء أمه ثم صار لبنا خالصا ، كما أن غذاء الرضيع يغير غذاء الفطيم لأن غذاء الرضيع اللبن وغذاء الفطيم اللبن مرة والطعام أخرى لأنه يقطم تدريجا ، فكان الحاصل أنه لا بد من تغيير الغذاء وتغيير الغذاء لسته أشهر فلا بد من ستة أشهر . وقوله والحديث محمول : يعنى قوله عليه الصلاة والسلام « لا رضاع بعد حولين » محمول على مدة الاستحقاق . وأبهم المصنف الاستحقاق

(قوله وإذا لم تكن دلالتها على ذلك كذلك) أقول : يعنى إذا لم تكن دلالتها عليه قطعية (قوله وإنما يلزم إثبات مسألة فرعية بآية مؤولة ولا بد فيه) أقول : إمكان الإثبات لا يكون إلا بإمكان الحمل على ذلك المعنى ، وذلك متف .

وعليه يحمل النص المقيّد بحولين في الكتاب . قال (وإذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم) لقوله

الرضاعة - وعليهم رزقهن وكسوتهن بالمعروف أجره لمن في الحولين ، وإذا كانت الواو من - وعلى المولود له - للحال من فاعل - يتم - كان أظهر في تقييد الأجرة المستحقة على الآباء أجرة للمطلقة لحولين ، وغاية ما يلزم أنه كان مقتضى الظاهر أن يقال وعليه أو وعليهم لكن ترك للتنبيه على علة الاستحقاق عليه وهو كون الولد منسوباً إليه وأن النسبة إلى الآباء . والحاصل حينئذ : يرضعن حولين لمن أراد من الآباء أن يتم الرضاعة بالأجرة ، وهذا لا يقتضي أن انتهاء مدة الرضاعة مطلقاً بالحولين ، بل مدة استحقاق الأجرة بالإرضاع ، ثم يدل على بقائها في الجملة قوله تعالى - فإن أرادوا فصلاً - عطفًا بالفاء على يرضعن حولين فعلق الفصل بعد الحولين على تراضيهما . وقد يقال : كون الدليل دل على بقاء مدة الرضاع المحرم بعد الحولين ، فأين الدليل على انتهائها لستة أشهر بعدهما بحيث لو أرضع بعدها لا يقع التحريم . وما ذكر في وجه زيادتها لا يفيد سوى أنه إذا أريد القطام يحتاج إليها ليعود فيها غير اللبن قليلاً قليلاً لتعذر نقله دفعة . فأما أنه يجب ذلك بعد الحولين ويكون من تمام مدة التحريم شرعاً فليس بلازم مما ذكر من الأدلة ، ولا شك أن الشرع لم يحرم إطعامه غير اللبن قبل الحولين ليلزم زيادة مدة التعود عليهما ، فجاز أن يعود مع اللبن غيره قبل الحولين بحيث تكون العادة قد استقرت مع انقضائهما فيفطم عنده عن اللبن بمرة فليست الزيادة بلازمة في العادة ولا في الشرع . فكان الأصح قولهما وهو مختار الطحاوي ، وقول زفر على هذا أولى بالبطان وهو ظاهر ، وحينئذ فقوله تعالى - فإن أرادوا فصلاً عن تراض منهما وتشاور - المراد منه قبل الحولين فإنه موضع التردد في أنه يضر بالولد أولاً فيتشاوران ليظهر وجه الصواب فيه . وأما ثبوت الضرر بعد الحولين فقل أن يقع به من حيث أنه فطام بل إن كان من جهة أخرى فتمنعه العمومات المانعة من إدخال الضرر على غير المستحق له (قوله وإذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم) فطم أولم يفطم ، حتى لو ارتضع لا يثبت التحريم خلافاً لمن قال بالتحريم أبداً للإطلاقات الدالة على ثبوت التحريم به ، وهو مروى عن عائشة رضي الله عنها فكانت إذا أرادت أن يدخل عليها أحد من الرجال أمرت أختها أم كلثوم أو بعض بنات أختها أن ترضعه خمسا ، ولحديث سهلة المتقدم . والجواب أن هذا كان ثم نسخ بآثار كثيرة عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابه رضوان الله عليهم أجمعين تفيد اتفاقهم عليه . فهذا ما قدمناه في استدلالهما من قوله صلى الله عليه وسلم « لا رضاع

لأن بعضهم قال : المراد من : لا رضاع بعد حولين : لا يستحق الولد الرضاع بعد الحولين . وقال بعضهم : نفي استحقاق الأجرة ، وكثير منهم قالوا : إن مدة الرضاع في حق استحقاق الأجر على الأب مقدرة بحولين عند الكل حتى لا تستحق المطلقة أجرة الرضاع بعد الحولين بالإجماع ، وهذا لأن قوله عليه الصلاة والسلام « لا رضاع » لنفي الجنس ، وعينه قد توجد بعد حولين ، فكان عدم الوجوب وعدم الجواز محتملين فلم يكن حجة ، وعليه : أي وعلى الاستحقاق يحمل النص المقيّد بحولين في الكتاب : يعني قوله تعالى - والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين - بدليل قوله تعالى بعده - فإن أرادوا فصلاً عن تراض - فإنه ذكر يحرف الفاء معلقاً به بالراضى ، ولو كان الرضاع بعده محرماً لم يعلق به لأنه لا أثر للرضا في إزالة المحرم شرعاً (قوله وإذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم) سواء فطم أو لم يفطم ، وإذا فطم قبلها لم يعتبر القطام إلا في رواية عن أبي حنيفة ، حتى لو فطم صبي قبل الحولين أو قبل ثلاثين شهراً عند أبي حنيفة ثم أرضعته امرأة قبل أن تمضي عليه مدة الرضاع تعلق به التحريم في ظاهر الرواية دون رواية الحسن إذا استغنى عنه ، وما في الكتاب ظاهر ، ومن الناس من سوى بين الصغير

عليه الصلاة والسلام « لا رضاع بعد الفصال » ولأن الحرمة باعتبار النشوء وذلك في المدة إذ الكبير لا يترى به .

إلا ما كان من حولين « وقدمنا تحريجه مرفوعا وموقوفا على ابن عباس وعلى عمر وابن مسعود رضي الله عنهم أجمعين ، وما ذكره المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام « لا رضاع بعد الفصال » والمراد نفي الحكم لأنه قد ثبت هويته بعده . وما في الترمذي من حديث أم سلمة أنه صلى الله عليه وسلم قال « لا يحرم من الرضاع إلا ما فتن الأمعاء في الثدي وكان قبل الفطام » قال الترمذي : حديث حسن صحيح . وفي سنن أبي داود من حديث ابن مسعود يرفعه « لا يحرم من الرضاع إلا ما أنبت اللحم وأنشأ العظم » يروى بالراء المهملة : أي أحياه . ومنه قوله تعالى - ثم إذا شاء أنشره - وبالزاي : أي رفعه وبزيادة الحجم يرتفع . وفي الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها « دخل عليّ رسول الله صلى الله عليه وسلم وعندي رجل . فقال : يا عائشة من هذا ؟ قلت : أخي من الرضاعة ، فقال : يا عائشة انظرون من إخوانكم فإن الرضاعة من المجاعة » يعني اعرفن إخوانكم لخشية أن يكون رضاعة ذلك الشخص كانت في حالة الكبير . فإن قلت : عرف من أصلكم أن عمل الراوي بخلاف ما روى يوجب الحكم بنسخ ما روى فلا يعتبر ويكون بمنزلة روايته للناسخ . وحديث الصحيحين وهو قوله « إنما الرضاعة من المجاعة » روته عائشة رضي الله عنها وعملها بخلافه فيكون محكما بنسخ كون رضاع الكبير محرما . قلنا : المعنى أنه إذا لم يعرف من الحال سوى أنه خالف مرويّه حكما بأنه اطلع على ناسخه في نفس الأمر . ظاهرا لأن الظاهر أنه لا يخطئ في ظن غير الناسخ ناسخا قطعا . فلو اتفق في خصوص محل بأن عمله بخلاف مرويّه كان لخصوص دليل علمناه وظهر للمجهّد غلطه في استدلاله بذلك الدليل لاشك أنه لا يكون مما يحكم فيه بنسخ مرويّه لأن ذلك ما كان إلا لإحسان الظن بنظره ، فأما إذا تحققنا في خصوص مادة خلاف ذلك وجب اعتبار مرويّه بالضرورة دون رأيه . وفي الموطأ وسنن أبي داود عن يحيى بن سعيد أن رجلا سأل أبا موسى الأشعري فقال : إني مصصت عن امرأتى من ثديها لبنا فذهب في بطني ، فقال أبو موسى لا أراها إلا قد حرمت عليك ، فقال عبد الله بن مسعود : انظر ما فتى به الرجل ، فقال أبو موسى : فما تقول أنت ؟ فقال عبد الله : « لا رضاعة إلا ما كان في حولين » فقال أبو موسى : لا تسألوني عن شيء ما دام هذا الخبر بين أظهركم . هذه رواية الموطأ فرجوعه إليه بعد ظهور النصوص المطلقة وعمّا أفناه بالحرمة لا يكون إلا لذكره للناسخ له أو لتذكره عنده : وغير عائشة من نساء النبي صلى الله عليه وسلم يبين ذلك ويقلن : لا نرى هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا رخصة لسهولة خاصة ، ولعل سببه ما تضمنه مما يخالف أصول الشرع حيث يستلزم مس عورتها بشفتيه فحكمنا بأن ذلك خصوصية . وقيل سببه أن عائشة رجعت . وفي الموطأ عن ابن عمر : جاء رجل إلى عمر بن الخطاب فقال : كانت لي وليدة فكنت أصيبها فعمدت امرأتى إليها فأرضعتها فدخلت عليها فقالت : دونك قد

والكبير في حرمة الرضاع تشبها بظواهر النصوص وهو فاسد لأن المذكور في ظواهر النصوص الرضاع وهو يقتضي رضيعا لا محالة والكبير لا يسمى رضيعا . روى أن أبا موسى الأشعري سئل عن رضاع الكبير فأوجب الحرمة ، ثم أتوا عبد الله بن مسعود فسألوه عن ذلك فقال : أترون هذا الأشمط رضيعا فيكم ؟ فلما بلغ أبا موسى

(قوله والكبير لا يسمى رضيعا الخ) أقول : قد سبق أن الرضاع في اللغة مع اللبن من الثدي مطلقا ، ولا نسلم أنه يقتضي رضيعا بل راضعا ويطلق على الكبير في اللغة الراضع ، يقال لثيم راضع ، أي يرضع غنمه ولا يجلبها غنائة أن يسمع صوت حلبه فيطلب منه اللبن .

ولا يعتبر الفطام قبل المدة إلا في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله إذا استغنى عنه. ووجهه انقطاع النشوء بتغير الغذاء وهل يباح الإرضاع بعد المدة؟ قليل لا يباح لأن إباحته ضرورية لكونه جزء الآدمي. قال (ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) للحديث الذي روينا (إلا أم أخته من الرضاع فإنه يجوز أن يتزوجها ولا يجوز) أن يتزوج أم أخته

والله أرضعها، قال عمر: أوجعها وأت جارتك فإنما الرضاعة رضاعة الصغير. (قوله ولا يعتبر الفطام قبل المدة) حتى لو فطم قبل المدة ثم أرضع فيها ثبت التحريم إلا في رواية عن أبي حنيفة أنه إذا فطم قبل المدة وصار بحيث يكتفى بغير اللبن لا تثبت الحرمة إذا رضع فيها، رواها الحسن عنه. وفي واقعات الناطقي الفتوى على ظاهر الرواية. أنها تثبت ما لم تمض إقامة للمظنة مقام المثنة، فإن ما قبل المدة مظنة عدم الاستغناء (وهل يباح الإرضاع بعد المدة؟ قيل لا لأنه جزء الآدمي فلا يباح الانتفاع به إلا للضرورة) وقد اندفعت، وعلى هذا لا يجوز الانتفاع به للتداوى، وأهل الطب يثبتون اللبن البنت أي الذي نزل بسبب بنت مرضعة نفعا لوجع العين. واختلف المشايخ فيه، قيل لا يجوز، وقيل يجوز إذا علم أنه يزول به الرمد، ولا يخفى أن حقيقة العلم متعذرة فالمراد إذا غلب على الظن وإلا فهو معنى المنع (قوله ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذي روينا) وهو بهذا اللفظ (قوله إلا أم أخته من الرضاع) يصح اتصال قوله من الرضاع بكل من الأم والأخت وبهما من جهة المعنى. فالأول أن يكون للرجل أخت من النسب لها أم من الرضاعة لم تكن أرضعته تحل له. والثاني أن يكون له أخت من الرضاعة لها أم من النسب تحل له إذا لم تكن هي المرضعة. والثالث أن يرضع الصبي والصبية امرأة ولأخته من الرضاعة أم أخرى من الرضاع يحل للصبي تلك الأم، أما من جهة الصناعة فإنما يتعلق بالأم حالاً منه لأن الأم معرفة فيجىء بالجار والمجور حالاً منه لا متعلقاً بمحذوف وليس صفة لأنه معرفة: أعني أم أخته، بخلاف أخته لأنه مضاف إليه، وليس فيه شيء من مسوغات مجيء الحال منه، ومثل هذا يجيء في أخت ابنه، ولو قال أخت ولده كان أشمل، فالأول له ابن من النسب له أخت من الرضاعة بأن ارتضع مع أجنبية من لم تكن امرأة أبيه حلت لأبيه لأنها ليست بنته من الرضاعة ولا ربيته، والثاني له ابن من الرضاع بأن ارتضع زوجة الرجل حلت للرجل أخته من النسب، والثالث له ابن من الرضاع كما ذكرنا له أخت من الرضاعة من غير زوجة ذلك الرجل بأن ارتضع ذلك الولد امرأتين حلت لأبيه من الرضاعة. وعلل استثناء الأول بعدم وجود المحرم من النسب فيه الذي هو معنى قوله بخلاف الرضاع بعد تعليله الحرمة في أم أخته من النسب بكونها أمه أو موطوءة أبيه، وكذا في تعليله إخراج أخت

قال: لا تسألوني عن شيء مادام هذا الخبر بين أظهركم. وقد اتفقت الصحابة على هذا. قال (ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب لما روينا) من قوله عليه الصلاة والسلام «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» إلا صورتين ذكرهما المصنف وهو واضح. وقوله (إلا أم أخته من الرضاع) جاز أن يتعلق بالأخت مثل أن يكون للرجل أخت من الرضاعة ولها أم من النسب، فإنه يجوز له أن يتزوج أم أخته التي كانت أمها من النسب، وجاز أن يتعلق بالأم مثل أن يكون له أخت من النسب ولها أم من الرضاعة فإنه يجوز له أن يتزوج أم أخته التي كانت أمها من الرضاعة، وجاز أن يتعلق بهما جميعاً، مثل أن يجتمع الصبي والصبية الأجنبية على ثدي امرأة واحدة أجنبية وللصبي أم أخرى من الرضاعة فإنه يجوز لذلك الصبي أن يتزوج أم أخته التي كانت الأم من الرضاعة التي انفردت

(قوله جاز أن يتعلق بالأخت الخ) أقول: يعني بحسب المعنى وإلا فهو بحسب الصناعة حال من الأم.

(من النسب) لأنها تكون أمه أو موطوءة أبيه ، بخلاف الرضاع ، ويجوز أن يتزوج أخت ابنه من الرضاع ، ولا

ابنه من الرضاع بقوله ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع بعد تعليقه حرمة أخت الابن من النسب بقوله لأنه لما وطئ أمها حرمت عليه ، وإنما اقتصر على هذا بناء على أنها ليست بنته لوضوح الشق الآخر فأفاد بالتعليق أن المحرم في الرضاع وجود المعنى المحرم في النسب ليفيد أنه إذا انتفى في شيء من صور الرضاع انتفت الحرمة فيستفاد أنه لا حصر فيما ذكر ، وقد ثبت كذلك الانتفاء في صور أخرى : الأولى أم النافلة من الرضاع بأن أرضعت نافلتك أجنبية يجوز تزوج بها لانتفاء سبب التحريم في النسب وهي كونها بنتاً أو حليلاً لابن . الثانية جدة ولدك من الرضاع بأن أرضعت ولدك أجنبية لها أم يجوز تزوجك بالأم لأنها ليست أمك ، وزاد بعضهم أم العم من الرضاع وأم الخال من الرضاغة ، وكذا عمه ولدك ، لأنها من النسب أختك وليست أختاً من الرضاع ، وكذا المرأة يحل لها أن تتزوج بابن أختها من الرضاع وبأخي ولدها وبأبي حفيدها منه ويجد ولدها منه وخاله ، ولا يجوز ذلك كله في النسب لما قلنا في حق الرجل ، وقد جمعت في قوله :

يفارق النسب الرضاع في صور كأم نافلة وجدة الولد

وأم عم وأخت ابن وأم أخ وأم خال وعممة ابن اعتمد

وامتسكك لإحقاق أم العم وأم الخال بأنهما إما أن يكون كل منهما جدته من الرضاع أو موطوءة جده من الرضاع وكلاهما محرم في النسب ، إلا إن أراد بالعم من الرضاع من رضع مع أبيه ، وبالخال منه من رضع مع أمه وله أم أخرى من النسب أو الرضاع فحينئذ يستقيم . ولقائل أن يمنع الحصر لجواز كونها لم ترضع أباه ولا أمه فلا تكون جدته من الرضاع ولا موطوءة جده بل أجنبية أرضعت عمه من النسب وخاله ، ثم قالت طائفة : هذا الإخراج تخصيص للحديث : أعني « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » بدليل العقل ، والمحققون على أنه ليس تخصيصاً لأنه أحوال ما يحرم بالرضاع على ما يحرم بالنسب ، وما يحرم بالنسب هو ما تعلق به خطاب تحريمه وقد تعلق بما عبر عنه بلفظ الأمهات والبنات - وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت - فما كان من مسمى هذه الألفاظ متحققاً في الرضاع حرم فيه ، والمذكورات ليس شيء منها من مسمى تلك فكيف تكون مخصصة وهي غير متأولة ؟ ولذا إذا خلا تناول الاسم في النسب جاز النكاح ، كما إذا ثبت النسب من اثنين ولكل منهما بنت جاز لكل منهما أن يتزوج بنت الآخر وإن كانت أخت ولده من النسب . وأنت إذا حققت مناط الإخراج أمكنك تسمية صور أخرى ، والاستثناء في عبارة الكتاب على هذا يجب أن يكون منقطعاً : أعني قوله « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » إلا أم أخته الخ ، وعلى هذا فالاستدلال على تحريم حليمة الأب والابن من الرضاع بقوله « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » مشكل لأن حرمتها ليست بسبب النسب بل بسبب الصهرية ، فإن المحرمات من النسب سبع وهن اللاتي عددناهن آنفاً كما في آية المحرمات وما بعدهن فيها فمحرمات بالرضاع والصهرية ؛ ومقتضى الحديث أن من كانت أما من الرضاغة أو بنتاً أو أختاً أو بنت أخ الخ تحرم ، فإنبات تحريم حليمة كل من الأب والابن من الرضاغة قول بلا دليل بل الدليل يفيد حلها وهو قيد الأصلا ب في الآية وكونه لإخراج حليمة المتبنى لا ينبغي أن يكون لإخراج حليمة الأب والابن من الرضاع لصلاحيته لذلك فكان لإخراجها أيضاً ولا يلزم كون الحديث غير معمول به على هذا التقدير بل يوفر على كل من الحديث والنص مقتضى لفظه ، بخلاف حرمة

بها رضيعاً . وقوله لما روينا إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » :

يجوز ذلك من النسب لأنه لما وطئ أمها حرمت عليه ، ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع (وامرأة أبيه أو امرأة ابنه من الرضاع لا يجوز أن يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب) لما روينا ، وذكر الأصحاب في النص لإسقاط اعتبار التبنّي على ما بيناه (ولبن الفحل يتعلق به التحريم ، وهو أن ترضع المرأة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى آبائه وأبنائه ويصير الزوج الذي نزل لها منه اللبن أبا للمرضعة) وفي أحد قول الشافعي : لبن الفحل لا يحرم

الجمع بين الأختين من الرضاع فإن الحديث المذكور يفيد منعه لأنه يحرم من النسب الجمع بين الأختين منه فكذا الجمع بين أختين من الرضاع . فإن قلت : فليثبت بالقياس على حرمة المصاهرة بجامع الجزئية . فالجواب أن الجزئية المعتبرة في حرمة الرضاع هي الجزئية الكائنة عن النشوء وإنبات اللحم لا مطلق الجزئية . وهذه ليست الجزئية الكائنة في حرمة المصاهرة إذ لا إنبات للحم من المني المنصب في الرحم لأنه غير واصل من الأعلى فهو بالحقنة أشبه منه بالمشروب حيث يخرج كلها شيئاً فشيئاً حتى لا يبقى منها شيء ولا يستحيل إلى جوهر الإنسان كما يخرج المني ولذا فلا يبقى منه في المرأة شيء استحال إلى جوهرها (قوله وامرأة أبيه أو امرأة ابنه من الرضاع لا يجوز أن يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب) أي كما لا يجوز تزوج امرأة أبيه أو ابنه من النسب . كذا لا يجوز تزوج امرأة أبيه أو ابنه من الرضاع . فإن قيل : ذكر الأصحاب في آية المحرمات يخرجهما . أجب بأنها نزلت لإسقاط طعنهم بسبب تزوجه صلى الله عليه وسلم زوجة المتبنّي فالقيّد لإسقاط حرمة زوجته . بقى أن يقال : فمن أين يثبت تحريمهما ؟ ويجاب بعموم حديث « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » وقد علمت ما في الجوابين . ومن فروعهما فرع لطيف : وهو رجل زوج أم ولده من رضيع ثم أعتقها فاختارت نفسها ثم تزوجت بزواج آخر وولدت منه ثم جاءت إلى الرضيع الذي كان زوجها فأرضعته حرمت على زوجها لأن الصغير صار ابناً له ، فلو بقى النكاح صار متزوجاً بامرأة ابنه من الرضاعة (قوله على ما بيناه) أي في فصل المحرمات (قوله ولبن الفحل) هو من إضافة الشيء إلى سببه (يتعلق به التحريم) يعني اللبن الذي نزل من المرأة بسبب ولادتها من رجل زوج أو سيد يتعلق به التحريم بين من أرضعته وبين ذلك الرجل بأن يكون أبا للرضيع ، فلا تحل له إن كانت صبية لأنه أبوها ولا لإخوته لأنهم أعمامها ولا لأبنائه لأنهم أجدادها ولا لأعمامهم لأنهم أعمام الأب ولا لأولاده وإن كانوا من غير المرضعة لأنهم إخوانها لأبيها ولا لأبنائها أولاده لأن الصبية عنهم ، وإذا ثبتت هذه الحرمة من زوج المرضعة فمنها أولى فلا تزوج أباهاً لأنه جدّها لأُمّها ولا أخاهاً لأنه خالّها ولا عمها لأنها بنت بنت أخيه ولا خالها لأنها بنت بنت أختها ولا أبنائها وإن كانوا من غير صاحب اللبن لأنهم إخوانها لأُمّها . ولو كان لرجل زوجتان أرضعت كل منهما بنتاً لا يحل لرجل أن يجمع بينهما لأنهما أختان من الرضاع لأب ، بخلاف ما لو تزوجت برجل وهي ذات لبن لآخر قبله فأرضعت صبية فإنها ربيبة للثاني وبنت للأول فيحل تزوجها بأبناء الثاني ، ولو كان المرضع صبياً حل له تزوجه ببنته هذا ما لم تلد من الثاني ، فإذا ولدت من الثاني فإن أرضعت رضيعاً فهو ولد للثاني ، وإن حبلت من الثاني وهي ذات لبن من الأول فالمرء تلد اللبن من الأول والرضيع به ولد له عند أبي حنيفة رضي الله عنه

وقوله (لإسقاط اعتبار التبنّي) فإن حليلة الابن المتبنّي كانت حراماً في الجاهلية . فإن قيل : لم لا يجوز أن يكون إسقاط حليلة ابن الرضاع أو إسقاطهما جميعاً . وما وجه ترجيح جانب حليلة الابن المتبنّي في الإسقاط ؟ أجب بأن حرمة حليلة ابن الرضاع ثابتة بالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » فحملناه على حليلة الابن المتبنّي لئلا يلزم التدافع بين موجب الكتاب والسنة المشهورة . وقوله (ولبن الفحل)

لأن الحرمة لشبهة البعضية واللبن بعضها لبعضه . ولنا ما رويناه ، والحرمة بالنسب من الجائنين فكذا بالرضاع . وقال عليه الصلاة والسلام لعائشة رضى الله عنها : « ليلج عليك أفلح فإنه عمك من الرضاعة »

ثبتت منه الحرمة خاصة ، وعند محمد رحمه الله ولد لهما فتثبت الحرمة من الزوجين . وقال أبو يوسف : إن علم أن اللبن من الثاني بأمانة كزيادة فهو ولد الثاني ، وإلا فهو ولد الأول . وعنه : إن كان اللبن من الأول غالبا فهو له ، وإن كان من الثاني غالبا فهو للثاني ، وإن استويا فلهما ، ويقول أبي حنيفة قال الشافعي رضى الله عنه في الجديده ، وقد حكى الخلاف هكذا : إن زاد اللبن بالحبل فهو ابنهما عندهما وابن الأول عند أبي حنيفة رضى الله عنه ، وكونه ابنهما بزيادة اللبن مطلقا أنسب بقول محمد رحمه الله فيما إذا اختلط لبن امرأتين كما سيعلم فيها ، وبخلاف ما لو ولدت للزوج فنزل لها لبن فأرضعت به ثم جف لبنها ثم درّ لها فأرضعت به صبية ، فإن لولد زوج المرضعة من غيرها الزوج بهذه الصبية لأن هذا ليس لبن الفحل ليكون هو أباه ، كما لو لم تلد من الزوج أصلا ونزل لها لبن فإنه لا يثبت بإرضاعها تحريم بين ابن زوجها ومن أرضعته لأنها ليست بنته لأن نسبته إليه بسبب الولادة منه ، فإذا انتفت انتفت النسبة فكان كلبن البكر ، ولبن الزنا كالحلال فإذا أرضعت به بنتا حرمت على الزاني وآبائه وأبنائه وأبناء أبنائهم وإن سفلوا . وفي التجنيس : من علامة أجناس الناطق عن الشيخ أبي عبد الله الجرجاني كان يقول في الدرس : لا يجوز للزاني أن يتزوج بالصبية المرضعة ولا لأبيه ولا لأجداده ولا لأحد من أولاده وأولادهم ، ولعم الزاني أن يتزوج بها ، كما يجوز له أن يتزوج بالصبية التي ولدت من الزاني لأنه لم يثبت نسبها من الزاني حتى يظهر فيها حكم القرابة ، والتحريم على آباء الزاني وأولاده لاعتبار الجزئية والبعضية ولا جزئية بينها وبين العم ، وإذا ثبت هذا في حق المتولدة من الزنا فكذا في حق المرضعة بلبن الزنا . قال في الخلاصة : وكذا لو لم تحبل من الزنا وأرضعت لابن الزاني تحرم على الزاني كما تحرم بنتها عليه من النسب . وذكر الوبري أن الحرمة تثبت من جهة الأم خاصة ما لم يثبت النسب حينئذ تثبت من الأب ، وكذا ذكر الإسيجاني وصاحب الينابيع ، وهو أوجه لأن الحرمة من الزنا للبعضية وذلك في الولد نفسه لأنه مخلوق من مائه دون اللبن ، إذ ليس اللبن كائنا عن منيه لأنه فرع التغذي بخلاف الولد ، والتغذي لا يقع إلا بما يدخل من أعلى المعدة لأم أسفل البدن كالحقنة فلا إنبات فلا حرمة ، بخلاف ثابت النسب لأن النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » أثبت الحرمة منه ، وبه يستدل على إبطال قول ضعيف للشافعي أنه لا تثبت الحرمة من الزوج . ونقل عن بعض الصحابة رضى الله عنهم لأنه لا جزئية بين الرجل وبين من أرضعته زوجته ، ولأنه لو نزل للرجل لبن فارتضعته صغيرة حلت له فكيف تحرم بلبن هو سبب بعيد فيه . ولنا النظر المذكور ، وما روى عن

من باب إضافة الشيء إلى سببه لأن سبب اللبن إنما هو الفحل وكلامه واضح . وقوله (عليه الصلاة والسلام لعائشة « ليلج عليك أفلح فإنه عمك من الرضاعة ») دليل واضح على ذلك ، فإن عائشة ارتضعت من امرأة أبي القعيس وكان اسم أخي أبي قعيس - أفلح ، فلما كانت تلك المرأة ، أما لها كان زوجها أباهما وأخو الزوج عما لها لا محالة . وروى أنها قالت « يا رسول الله إن أفلح أخا أبي القعيس دخل على وأنا في ثياب فضل ، فقال : ليلج عليك فإنه عمك من الرضاعة ، فقالت : إنما أرضعني المرأة لا الرجل ، فقال : عمك من الرضاعة » وذلك لا يكون إلا باعتبار

(قوله وكان اسم أخي أبي قعيس أفلح) أقول : أفلح أخو أبي قعيس على ما يشهد عليه كتب الأحاديث وغيرها .

ولأنه سبب لزول اللبن منها فيضاف إليه في موضع الحرمة احتياطاً (ويجوز أن يتزوج الرجل بأخت أخيه من الرضاع) لأنه يجوز أن يتزوج بأخت أخيه من النسب وذلك مثل الأخ من الأب إذا كانت له أخت من أمه جاز لأخيه من أبيه أن يتزوجها (وكل صبيين اجتماعاً على ثدى واحدة لم يجر لأحدهما أن يتزوج بالأخرى) هذا هو الأصل لأن أمهما واحدة فهما أخ وأخت (ولا يتزوج المرضعة أحد من ولد التي أرضعت) لأنه أخوها

عائشة رضي الله عنها في الصحيحين « أن أفلح أخت أبي القعيس استأذن عليّ بعد ما نزل الحجاب وقلت : والله لا آذن له حتى أستأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وإن أخت أبي القعيس ليس هو أرضعني وإنما أرضعني امرأة أبي القعيس ، فدخل عليّ رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت : يا رسول الله إن الرجل ليس هو أرضعني ولكن أرضعني امرأته ، فقال : ائذني له فإنه عملك تربت يدك » وفي رواية « تربت يمينك » إلى غير ذلك من الأحاديث الشاهدة بالحكم المذكور بحيث يتضاءل معها ذلك المعقول. على أنه قد قيل أنه لا يتغذى الولد به ، وأما لبن الرجل فسيذكره المصنف رحمه الله ، وإذا ترجح عدم حرمة الرضعية بلبن الزاني على الزاني كما ذكرنا فعدم حرمتها على من ليس اللبن منه أولى ، بخلاف ما في الخلاصة ، ولأنه يخالف المسطور في الكتب المشهورة إذ يقتضي تحريم بنت المرضعة بلبن غير الزوج على الزوج بطريق أولى ، وتقدم البحث في دلالة حديث « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » على حرمة الرية من الرضاع (قوله ولأنه سبب لزول اللبن منها فتضاف الحرمة إليه احتياطاً) كالمصاهرة ، وأنت علمت الفرق بل حقيقة الحال أن البعضية تثبت بين المرضعة والرضيع فأثبتت حرمة الأبنية ثم انتشرت لوازم تحريم الولد (قوله وكل صبيين) يريد صبياً وصبية فغلب المذكر في التثنية كالقمرين وهو أحد أسباب التغليب كالحقة في العمرين فإن عمر أخف من أبي بكر ، ولوثنى نحو أبي بكر فعند البصريين يكون بثنية المضاف فيقال أبو بكر والكوفيون يثنون الجزأين فيقولون أبوا بكرين ، والشهرة كالأقرعين للأقرع بن حابس وأخيه (قوله ولا يتزوج المرضعة)

لبن الفحل ولأنه سبب لزول اللبن منها فيضاف إليه في موضع الحرمة احتياطاً. فإن قيل : ما قام مقام الشيء في إثبات الحكم إما أن يكون مثل ذلك أو دونه لاحتالة ، وههنا لو ارتضع الصبي من ثندوة الرجل نفسه إذا نزل منه اللبن لا يثبت حرمة الرضاع ، فكيف يثبت بارتضاع اللبن بسببه ولا تثبت من اللبن الحاصل من نفسه ؟ أجيب بأن افتراق الحكم لافتراق الوصف ، وذلك لأن المعنى الذي لأجله تثبت الحرمة بسبب الرضاع لا يوجد في إرضاع الرجل ، فإن ما ينزل من ثندوة الرجل لا يتغذى به الصبي ولا يحصل به إنبات اللحم ، وهو نظير وطء الميتة في أنه لا يوجب حرمة المصاهرة وإن كان السبب موجوداً ، وإنما اختاروا هذه العبارة وهي ملبسة فإنها توهم أن المراد به ما ينزل من ثندوته ليعلم أن المراد ما ينزل من المرأة بسبب الولادة أو الحمل من زوجها ، حتى لو نزل لها اللبن بدونها كما ينزل للبكر كان ذلك لبن المرأة خاصة لا لبن الفحل وإن كانت تلك المرأة تحت زوجها . وليس حل الوطء في الإحبال شرط الحرمة حتى لو زنى بامرأة فولدت منه فأرضعت بهذا اللبن صبياً كان لبن الفحل لا يحمل للزاني هذا أن يتزوج بهذه الصبية ولا لأبيه ولا لابنه ولا لأبناء أولاده لوجود البعضية بين هؤلاء وبين الزاني . وقوله (ويجوز أن يتزوج الرجل) واضح . وقوله (وكل صبيين اجتماعاً) غلب الصبي على الصبية كما في القمرين للشمس والقمر على ثدى واحدة : أي ثدى امرأة واحدة ، لأنهما لو اجتماعاً على ضرع بهيمة واحدة لا يثبت التحريم كما سيحییء ، وهذا لأن ثبوت هذه الحرمة بطريق الكرامة وذلك يختص بلبن الآدمية دون الأنعام . وقوله (ولا يتزوج المرضعة أحداً من ولد التي أرضعت) قال في النهاية : المرضعة بصيغة اسم المفعول وبالرفع على

(ولا ولد ولدها) لأنه ولد أخيها (ولا يزوج الصبي الموضع أخت زوج المرضعة لأنها عمته من الرضاعة وإذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم) وإن غلب الماء لم يتعلق به التحريم، خلافاً للشافعي رحمه الله هو يقول: إنه موجود فيه حقيقة، ونحن نقول

بفتح الضاد توورث، ويجوز كونها فاعلاً فينصب أحد ومفعولاً فيرفع، وما في الكتاب ظاهر، ولا فرق بين كون ولد التي أرضعته رضع مع المرضعة أو كان سابقاً بالسن بسنين كثيرة أو مسبقاً بارتضاعها بأن ولد بعدها بسنين، وكذا لا يزوج أخت المرضعة لأنها خالته (قوله وإذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم. وإن غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافاً للشافعي رحمه الله) فإن الأصح عنده أنه إذا كان اللبن قدر خمس رضعات حرم وإلا فلا، وكذا الخلط بلبن البيمة والدواء عنده وبكل مائع أو جامد. واعتبر مالك رضي الله عنه في جميع ذلك أن يكون اللبن مستهلكاً. (قوله هو) أي الشافعي رضي الله تعالى عنه (يقول إنه) أي اللبن على ظاهر نقل المصنف عنه، وعلى ما هو الأصح فرجع الضمير القدر المحرم (موجود فيه حقيقة) فيستلزم حكمه من التحريم (قوله ونحن نقول) حاصله القياس على اليمين على أن لا يشرب لبناً فإنه لا يتعلق الحث بشربه مغلوباً بالماء لأن

الفاعلية ونصب أحداً على المفعولية من ولد التي على طريق الإضافة وهذا هو الأصل من النسخ، وفي نسخة أخرى: ولا يزوج المرضعة أحد من ولد التي أرضعت بعكس الأولى في الفاعلية والمفعولية، وهذا أيضاً صحيح وكان كلاهما بخط شيعي، ونسختان أخريان ليستا بصحيحتين وهما بعد صيغة اسم الفاعل في المرضعة كونها فاعلة أو مفعولة على ما ذكرنا، ولكن هذان التقديران لا بد وأن يكون من الولد الذي أرضعته معروفاً باللام، وكلامه ظاهر. وقوله (وإذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب) فسر محمد الغلبة قال: إن لم يغير الدواء اللبن تثبت الحرمة وإن غير لا تثبت. وقال أبو يوسف: إن غير طعم اللبن ولونه لا يكون رضاعاً، وإن غير أحدهما يكون رضاعاً. وقوله (خلافاً للشافعي) فإن عنده إذا اختلط مقدار ما يحصل به خمس رضعات من اللبن في حب الماء فشربه الصبي تثبت به الحرمة، هو يقول: إنه موجود حقيقة فيكون معتبراً، لأن المحسوس لا ينكر. ونحن نقول مغلوب، والمغلوب في مقابلة الغالب غير موجود حكماً، كما في اليمين. حلف لا يشرب لبناً فشرب لبناً مخلوطاً بالماء والماء غالب على اللبن لا يحنث. فإن قيل: فعلى هذا إن اعتبرت جهة الحكم لم يثبت به حرمة الرضاع وإن اعتبرت جهة الحقيقة تثبت لأن اللبن موجود حقيقة وإن قل، فعند التعارض ترجح الحرمة احتياطاً. أجيب بأن التعارض لم يثبت لأن التعارض عبارة عن تقابل الحجتين على السواء، وههنا لم تثبت المساواة بينهما لأن الغالب فضلاً ذاتياً، وللمغلوب فضلاً حالياً وهو جهة الحرمة، وكان الترجيح لمعنى راجع إلى الذات لا لمعنى راجع إلى الحال، وهذا كما يرى متناقض لأنه نفي التعارض وأثبت الترجيح للفضل الذاتي ولا ترجيح إلا بعد التعارض. والصواب أن يقال: لا تعارض لأن الحقيقة لا تعارض الحكم لأن الحرمة بالرضاع أمر حكمي، فالمرء لا يمكن في الحكم موجوداً لا مدخل له فيه. سلمناه ولكن تعارض ضرباً ترجيح أحدهما راجع إلى الذات والآخر إلى الحال.

(قوله لا بد وأن يكون من الولد الذي أرضعته معروفاً باللام) أقول: وأنت خير بأنه يصح المعنى بلون جمل الولد معروفاً باللام، فإن امرأة إذا أرضعت صبياً ثم جاء من المرضعة الضاد ولد لا يجوز لتلك المرأة أن تزوج ولد مرضعتها (قوله فسر محمد رحمه الله الغلبة قال: إن لم يغير الدواء اللبن تثبت الحرمة الخ) أقول: فيه أن وضع المسألة في الاختلاط بالماء لا بالدواء فلا يلائم هذا التفسير هنا، بخلاف ما فعله صاحب النهاية (قوله ولا ترجيح إلا بعد التعارض) أقول: لا يتجه ذلك عليه بعد ما بين مراد بالتعارض بتفسيره فإنه أنه لا يريد به التعارض المصطلح، وكأنه يقول: إنما ترجح الحرمة أن لو لم يكن لدليل انتفاء الحرمة رجحان على دليلها فليتأمل (قوله لأن الحقيقة الخ)

المغلوب غير موجود حكما حتى لا يظهر في مقابلة الغالب كما في اليمين (وإن اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم) وإن كان اللبن غالبا عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا : إذا كان اللبن غالبا يتعلق به التحريم . قال رضى الله عنه : قولهما فيما إذا لم تمسه النار ، حتى لو طبخ بها لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعا . لهما أن العبرة للغالب كما في الماء إذا لم يغيره شيء عن حاله . ولأبي حنيفة رحمه الله أن الطعام أصل واللبن تابع له في حق المقصود فصار كالمغلوب ،

الظاهر حكم الغالب ، فكذا في هذه الصورة لا يتعلق به التحريم لذلك ، والظاهر أن حكم هذا القياس عدم اعتبار المغلوب شرعا لعدم تعلق التحريم باختلاف حكم الأصل والفرع لأنه في الأصل حرمة شرب اللبن بلا ضرورة لهتك حرمة اسم الله تعالى . وفي الفرع حل الشرب والسقي غير أنه يترتب عليه حرمة النكاح ، وحينئذ للشافعي رحمه الله أن يقول : بل هناك فارق وهو بناء الأيمان على العرف والعرف لا يعتبر المغلوب ، فلا يقال لشارب ماء فيه لبن مغلوب شرب لبنا إلا أن يقال مخلوطا فيقيدونه ، وأما ما نحن فيه فالحرمة مبنية على الحقيقة وقد وجدت والموضع موضع الاحتياط ولا مدفع لهذا ، إلا أن يقال إنه إذا كان مغلوبا بالماء فيكون غير منبث للذهاب قوته . ولا عبرة بالمظنة عند تحقق الخلوة عن المثنة هذا إذا اختلط بالماء ، أما لو اختلط بالطعام فهي المسئلة التي ذكرها عقيب هذه ، وقولهما فيها كقولهم في الاختلاط بالماء . وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يتعلق به تحريم وإن غلب اللبن هذا إذا لم تمسه النار ، أما إن طبخ فلا تحريم مطلقا بالاتفاق (لهما أن العبرة للغالب فصار كالماء إذا لم يغيره شيء عن حاله . ولأبي حنيفة رحمه الله : أن الطعام أصل واللبن تابع فيما هو المقصود) وهو التغذية ، وهذا لأن خلط اللبن بالطعام لا يكون للرضيع إلا بعد تعوده بالطعام وتغذيته به ، وعند ذلك يقل تغذيته باللبن ونشوؤه منه فقد اجتمع في جوفه ما ينبت وأحدهما أكثر وهو الطعام فيصير الآخر الرقيق مستهلكا فلا يثبت التحريم . فإن قيل : فرض المسئلة أن اللبن غالب في القصة ، أما عند رفع اللقمة إلى فيه فأكثر الواصل إلى جوفه الطعام حتى لو كان ذلك الطعام رقيقا يشرب اعتبرنا غلبة اللبن إن غلب وأثبتنا الحرمة ، ثم قال المصنف : ولا معتبر بتقاطر اللبن هو الصحيح احترازا من قول من قال من المشايخ إن عدم إثبات أبي حنيفة رحمه الله الحرمة واللبن غالب هو إذا لم يكن متقاطرا عند رفع اللقمة ، أما معه فيحرم اتفاقا لأن تلك القطرة إذا دخلت الجوف أثبتت التحريم ، والصحيح

والأول أولى وموضعه الأصول . ويؤيد ما ذكرنا ما إذا وقع قطرة من الدم أو الخمر في جب من الماء نجسه وإن غلب الماء حقيقة لأنه لم يكن غالبا حكما ، لأن غلبة الماء في الحكم هو أن يكون عشرا في عشروما دونه في حكم القليل ، فلم تكن الحقيقة معارضة للحكم بل كانت موجودة معه . وقوله (وإذا اختلط اللبن بالطعام) واضح . وقوله (لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعا) يعني سواء كان غالبا أو مغلوبا ، أما إذا كان مغلوبا فظاهر ، وأما إذا كان غالبا فلأنه إذا طبخ بالطعام يصير اللبن تبعا للطعام وإن كان غالبا حتى لا يسمى لبنا مطلقا . وقوله (فصار كالمغلوب) فيه نظر لأن المغلوب غير موجود حكما ، أما ما لم يكن مغلوبا أو يكون كالمغلوب فلا نسلم أنه ليس

أقول : أي الحقيقة المجردة عن الحكم إلا أن الخصم ينازع فيه (قوله وموضعه الأصول) أقول : في باب المعارضة والرجح (قوله ويؤيد ما ذكرنا) أقول : يعني قوله الحقيقة لاتعارض الحكم (قوله فيه نظر لأن المغلوب غير موجود حكما الخ) أقول : يريد المصنف أنه يصير ، كالمغلوب حقيقة في أنه غير موجود لكونه غير مقصود حكما ، وحاصله قياس محل الخلاف بمحل الوفاق ، وجعل الكاف زائدة لا يفيد لأنه إن أريد أنه مغلوب حقيقة فظاهر أنه ليس كذلك ، وإن أريد أنه مغلوب حكما من حديث أنه ليس بمقصود فمضى التشبيه أيضا بنول إليه .

ولا معتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده هو الصحيح لأن التغذية بالطعام إذ هو الأصل (وإن اختلط بالدواء واللبن غالب تعلق به التحريم) لأن اللبن يبقى مقصودا فيه ، إذ الدواء لتقويته على الوصول ، وإذا اختلط اللبن بلبن الشاة وهو الغالب تعلق به التحريم (وإن غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم) اعتبارا للغالب كما في الماء (وإذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم بأغلبهما عند أبي يوسف رحمه الله) لأن الكل صار شيئا واحدا فيجعل الأقل تابعا للأكثر في بناء الحكم عليه (وقال محمد) وزفر (يتعلق التحريم بهما) لأن الجنس لا يغلب الجنس فإن الشيء لا يصير

إطلاق عدم الحرمة لأن التغذية حينئذ بالطعام والتغذية مناط التحريم (قوله فإن اختلط) أي اللبن بالدواء . حاصله أنه كالماء لأن اللبن إذا كان غالبا مع الدواء ظهر قصدان الدواء لتنفيذه وعلى هذا إذا اختلط بالدهن أو النيذ تعلق به التحريم سواء أوجز بذلك أم استعط (قوله وإذا اختلط اللبن بلبن شاة فإن كان الغالب لبن آدمية تعلق التحريم بشرب الصغير إياه) أولين الشاة لا يتعلق به تحريم لأن لبن الشاة لما لم يكن له أثر في إثبات الحرمة كان كالماء فيعتبر الغالب ، ولو تساويا وجب ثبوت الحرمة لأنه غير مغلوب فلم يكن مستهلكا (قوله وإذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم بأغلبهما عند أبي يوسف رحمه الله) وبه قال الشافعي . وقال محمد تثبت الحرمة منهما جميعا وهو قول زفر . وعن أبي حنيفة روايتان رواية كقول أبي يوسف ورواية كقول محمد . وجه قول أبي يوسف جعل الأقل تابعا للأكثر . ووجه قول محمد أن الجنس لا يغلب جنسه فلا يستهلك فيه فلم يكن شيء منهما تابعا للآخر فيثبت

بوجود . والجواب أن هذه مناقشة لفظية تندفع يجعل الكاف زائدة . وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم في قول أبي حنيفة إن ذلك عنده إذا لم يتقاطر اللبن من الطعام عند حمل اللقمة ، فأما إذا كان يتقاطر منه فثبتت به الحرمة عنده لأن القطرة من اللبن إذا دخلت حلق الصبي كانت كافية لإثبات الحرمة . والأصح أنه لا يثبت على كل حال عنده لأن التغذية بالطعام هو الأصل دون اللبن ، والمعتبر لما يقع به التغذية الموجب لإثبات اللحم ، وإن خلط بالدواء واللبن غالب فيه تعلق التحريم به لأن اللبن يبقى مقصودا فيه حيث جعل غالبا والدواء يخلط به ليقويه على الوصول إلى ما يصل إليه بانفراده . فإن قلت : إذا كان الدواء لتقويته على الوصول وجب أن يستوى الغالب والمغلوب لأن وصول قطرة منه يحرم . قلت : النظر ههنا إلى المقصود ، فإن كان غالبا كان القصد إلى التغذية به والدواء لتقويته على الوصول ، وإذا كان مغلوبا كان القصد إلى التداوى واللبن لتسوية الدواء . يلوّح إلى هذا قوله وإذا خلط دون اختلط . وقوله لأن اللبن يبقى مقصودا . قال (وإذا اختلط اللبن بلبن شاة) . صورة المسئلة ظاهرة : وكذا تعليل أبي يوسف في المسئلة الثانية لما ذكرنا أن المغلوب كالمستهلك لعدم بقاء منفعة . كما إذا صبّ كوز من الماء العذب في البحر . ووجه قول محمد وزفر أن الغلبة ههنا غير متصورة لأن الجنس لا يغلب الجنس . إذ الغلبة بالاستهلاك والشيء لا يصير مستهلكا في جنسه لأن الاستهلاك بفوات منفعة المستهلك ، وذلك يقتضي اختلاف المقصود . والمقصود هنا متحد . وإذا لم يتصور الغلبة كانا متساويين في المقصود فيتحقق الرضاع من القليل صورة ومعنى فثبتت الحرمة بهما جميعا ، وعن أبي حنيفة في هذا روايتان : في رواية قوله كقول أبي يوسف وبه قال الشافعي في قول : وفي رواية كقول محمد وزفر . وأصل المسئلة في الإيمان فيما إذا حلف لا يشرب من لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة أخرى وهو غالب فشربه فهو على هذا

(قوله لأن وصول قطرة منه يحرم) أقول : الأظهر أن يقول بدله لأن اللبن هو المقصود ثم يمنع ذلك في الجواب إذا كان مغلوبا .

مستهلكا، في جنسه لاتحاد المقصود . وعن أبي حنيفة في هذا روايتان ، وأصل المسئلة في الإيمان (وإذا نزل للبكر لبن فأوضعت صبيا تعلق به التحريم) لإطلاق النص ولأنه سبب النشوء فتثبت به شبهة البعضية (وإذا حلب لبن المرأة بعد موتها فأوجر الصبي تعلق به التحريم) خلافا للشافعي ، هويقول : الأصل في ثبوت الحرمة إنما هو المرأة ثم تتعدى إلى غيرها بواسطة ، وبالموت لم تبق محلا لها ، ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة . ولنا أن السبب هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن لمعنى الإنشاز والإنبات وهو قائم باللبن ، وهذه الحرمة تظهر في حق الميتة دفنا

التحريم من كل منهما استقلالا . قال (وأصل المسئلة في الإيمان) إذا حلف لا يشرب لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة أخرى فشربه ولبن البقرة المحلوف عليها مغلوب ففي النهاية والدراية هو على الخلاف الذي بيننا . وقال شارح : عند محمد يحنث وعندهما لا يحنث . ولا يخفى أنه إنما يكون أصلا للخلاف إذا كان على ما في النهاية وكان ميل المصنف إلى قول محمد حيث آخر دليله فإن الظاهر أن من تأخر كلامه في المناظرة كان القاطع للآخر . وأصله أن السكوت ظاهر في الانقطاع ، ورجح بعض المشايخ قول محمد أيضا وهو ظاهر (قوله وإذا نزل للبكر لبن تعلق به التحريم لإطلاق النص ولأنه سبب النشوء) وعليه الأربعة إلا في رواية عن الشافعي رحمه الله . ورواية عن أحمد لأنه نادراً فاشبهه لبن الرجل . قلنا ندره الوجود لا تمنع عمل الدليل إذا وجد ، وسند كرهه تنمة (قوله وإذا حلب لبن امرأة بعد موتها فأوجر به صبي تعلق به التحريم) وبه قال مالك وأحمد (خلافا للشافعي ، هويقول الأصل في ثبوت الحرمة إنما هو المرأة ثم تتعدى الحرمة إلى غيرها بواسطة وبالموت لم تبق محلا لها ، ولهذا) أى لعدم المحلية (لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة . ولنا أن السبب الجزئية) وحاصله إلغاء الفارق بين الإجماعية وهي ما إذا كانت حية ، والخلافية وهي ما إذا كانت ميتة وهو موتها ، لأن حياتها ليس جزء السبب لتنتفي الحرمة بانتفائه بل حصول الجزئية تمام الحكمة لقوله صلى الله عليه وسلم « لا يحرم من الرضاع إلا ما أنبت اللحم » الخ ، وهو حاصل بلبن الميتة والارتضاع تمام العلة ، وموتها غير مانع لأن مانعته إن أضيفت إلى انتفاء محليتها مطلقا للحكم

الاختلاف ، عند أبي يوسف لا يحنث لأن المغلوب كالمستهلك ، وعند محمد يحنث لأن الشيء يتكرر بجنسه ولا يصير مستهلكا . وقوله (وإذا نزل للبكر لبن) ظاهر . قوله (وإذا حلب لبن المرأة بعد موتها فأوجر الصبي تعلق به التحريم خلافا للشافعي) قيد بالموت ، لأنه لو حلب قبل الموت وأوجر بعد الموت كان قوله كقولنا على الأظهر . هو يقول الأصل في ثبوت الحرمة إنما هو المرأة لأن الحرمة ثبتت بينهما ثم تتعدى منها إلى غيرها بواسطة وبالموت لم تبق محلا لها لعدم الفائدة ، ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة لأنها الأصل في الحرمة ولم تبق محلا لها حتى تتعدى إلى غيرها . ولنا أن السبب هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن بمعنى الإنشاز والإنبات ، وهو قائم باللبن لأن الموت لم يخرجها عن كونه مغذيا كما أنه لم يخرج لحمه عن ذلك والفائدة لم تنحصر في ظهور الحرمة فيها بل تظهر في الميتة دفنا وتيمما بأن كان لهذه المرضعة التي أوجر لبن هذه الميتة في فمها زوج فإن لهذا الزوج أن يدفن وييمم الميتة لأنه صار محرما لها حيث صارت أم امرأته . وقوله وأما الحرمة جواب عن قوله ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة : يعنى أن حرمة المصاهرة بالوطء إنما تثبت بملاقاته بمحل الحرث لتثبت به الحرمة ومحل الحرث قد زال

(قوله وبالموت لم تبق محلا لعدم الفائدة ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة لأنها الأصل في الحرمة الخ) أقول : ولك أن تقول : لو صح هذا الدليل يلزم أن لا تثبت الحرمة عنده فيما لو حلب قبل الموت وأوجر بعده إلا أن يقال يثبت بالإسناد ، وفيه بحث .

وثيمما. أما الحرمة في الوطء لكونه ملاقيا محل الحرث وقد زال بالموت فافتقرا (وإذا احتقن الصبي باللبن لم يتعلق به التحريم) وعن محمد أنه تثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم . ووجه الفرق على الظاهر أن المقسد في الصوم لإصلاح البدن ويوجد ذلك في الدواء. فأما المحرم في الرضاع فعنى النشوء ولا يوجد ذلك في الاحتقان لأن المغذى

منعناه لثبوت بعضها ، كما لو تزوج رجل بهذه الصبية في الحال حل له دفن الميتة ويممها لأنها محرمه أم زوجته ، وأيضا بالنسبة إلى غيرها ، حتى لا يجوز له الجمع بين الرضيعه وبنت الميتة لأنهما أختان ، أو بالنسبة إلى حرمة نكاحها فقط منعنا تأثيره في إفادة المانعية بل يفسدها انتفاء الحكم مطلقا ، فإن بين المانعية بأن الحكم وهو حرمة النكاح يثبت أولا فيها ثم يتعدى . قلنا إن أردت أنه لا يتعدى إلى غيرها إلا بعد ثبوته فيها منعناه ، بل ذلك عند اتفاق محلتيها حينئذ مع أن الحرمة إنما تثبت في الكل معا شرعا ، والتقدم في الأم ذاتي لا زمني ، فإذا تحقق المانع في حقها ثبت فيمن سواها ، ولو علل ابتداء بنجاسة اللبن أو الحرمة كرامة إذ فيه تكثير الأعوان على المقاصد والسكن والموت تنجس ، فإن أراد عينا منعناه ، بل لبن الميتة الطاهرة طاهر عند أبي حنيفة ، وقد أسلفنا توجيهه بأن التنجس بالموت لما حلته الحياة قبله وهو متنف في اللبن وقد كان طاهرا فينبى كذلك لعدم المنجس إذ لم يطرأ عليه سوى الخروج من باطن إلى ظاهر . والمتيقن من الشرع فيه أنه لا يوجب تغير وصفه . بخلاف البول ، وأبو يوسف ومحمد إنما قالوا : تنجسه بالمجاورة للوعاء النجس وهو غير مانع من الحرمة ؛ كما لو حلب في إناء نجس وأوجر به الصبي تثبت الحرمة ، وإن أراد التنجس منعناه لما ذكرناه . والوجور : الدواء يصب في الحلق قسرا بفتح الواو . والسعوط صبه في الأنف . ويقال أوجرته ووجرته (قوله أما الحرمة في الوطء) جواب عن قياسه على عدم حرمة المصاهرة بوطئها بالفرق وهو أن سبب الحرمة في الرضاع الإنبات والنشوء بواسطة التغذية وفي حرمة المصاهرة الجزئية الحاصلة بواسطة الولد ، ولا يتصور الولد بعد الموت فلم تتصور الجزئية . بخلاف الجزئية المعتبرة في الرضاع لأنها واقعة في ارتضاع لبن الميتة (قوله وإذا احتقن) قال في المغرب : الصواب حقن إذا عولج بالحقنة واحتقن بالضم غير جائز عندهم . قال في النهاية : لكن ذكر في تاج المصادر الاحتقان حقنه فردن فجعله متعديا ، فعلى هذا يجوز استعماله على بناء المفعول انتهى . يريد أن منع البناء للمفعول على ما في المغرب لعدم التعدى وإذ قد نص صاحب تاج المصادر على ما يفيد أنه متعد لم يكن بناؤه للمفعول خطأ ، وهذا غلط لأن ما في تاج المصادر من التفسير لا يفيد تعدية الافتعال منه للمفعول الصريح كالصبي في عبارة الهداية حيث قال : وإذا احتقن الصبي بل إلى الحقنة وهي آلة الاحتقان والكلام في بنائه للمفعول الذي هو الصبي . ومعلوم أن كل قاصر يجوز بناؤه للمفعول بالنسبة إلى المجرور والظرف كجلس في الدار ومر بزيد ، وليس يلزم من جواز البناء باعتبار الآلة والظرف جوازه بالنسبة إلى المفعول ، بل إذا كان متعديا إليه بنفسه ، ثم الاحتقان باللبن لا يوجب الحرمة من غير ذكر خلاف بين أصحابنا في كثير من الأصول وهو قول الأئمة الأربعة ، وكذا لا يثبت بالإقطار في الإحليل والأذن والحائفة والآمة كذا أطلقه بعضهم . ونصر آخرون على أنه إذا وصل إلى الجوف ثبتت الحرمة . وبعضهم ذكر أنه روى عن محمد ثبوت الحرمة بالحقنة . وجه الظاهر أن المناط طريق الجزئية وليس ذلك في الواصل من السافل بل إلى المعدة

بالموت فافتقرا . وقوله (وإذا احتقن باللبن) قال في النهاية : صوابه حقن لا احتقن ، يقال حقن المريض داواه بالحقنة ، واحتقن الصبي غير صحيح لعدم قدرته على ذلك في مدة الرضاع ، واحتقن مبني للمفعول غير جائز فتعين حقن ، ولكن ذكر في تاج المصادر الاحتقان حقنه كردن فجعله متعديا فعلى هذا يجوز استعماله مبنيًا

(قوله قال في النهاية : صوابه ، إلى قوله : في استعمال الفقهاء) أقول : إلى هنا كلام النهاية .

وصوله من الأعلى (وإذا نزل للرجل لبن فأرضع به صبياً لم يتعلق به التحريم) لأنه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشوء والنمو ، وهذا لأن اللبن إنما يتصور ممن يتصور منه الولادة (وإذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم) لأنه لاجزئية بين الآدى والبهائم والحمة باعتبارها

وذلك من الأعلى فقط ، والإقطار في الإحليل غاية ما يصل إلى المثانة فلا يتغذى به الصبي ، وكذا في الأذن لضيق الثقب ، وفيه نظر لتصريحهم بالفطر بإقطار الدهن في الأذن لسريانه فيصل إلى باطنه ولا يمنعه ضيق . والأوجه كونه ليس مما يتغذى به وينبت وإن حصل به رفق من ترطيب ونحوه ، والمفسد في الصوم لا يتوقف عليه كما في الحصى والحديد والوجور والسعوط تثبت به الحمة اتفاقاً (قوله وإذا نزل للرجل لبن فأرضع به صبياً لم يتعلق به تحريم لأنه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشوء والنمو ، وهذا لأن اللبن إنما يتصور ممن يتصور منه الولادة) وقد يذكر في بعض الحكايات أنه اتفق لرجل إرضاع صغير ، فلن صح فهو من خوارق العادات لا يبنى الفقه باعتباره ، وعلى هذا يلزم أنه لو نزل لبكر لم تبلغ سن البلوغ لبن لا يتعلق به التحريم ، ويحكم بأنه ليس لبناً ، كما لو نزل للبكر ماء أصفر لا يثبت من إرضاعه تحريم. والوجه الفرق بعدم التصور مطلقاً ، فإذا تحقق لبناً تثبت الحمة ، بخلاف الرجل لأن الحكم لازم دائماً بأنه ليس بلبن (قوله وإذا شرب صبيان من لبن شاة فلا رضاع محرم بينهما لأنه لاجزئية بين الآدى والبهائم والحمة باعتبارها) اعلم أن ثبوت الحمة بالرضاع بطريق الكرامة للجزئية فإن الوطء ابتداءً وامتهان وإرقاق ، ولهذا روى عنه صلى الله عليه وسلم قال «التكاح رق فلينظر أحدكم أين يضع كرمته» ولا يحسن صدوره من مستفيد جزء بنفسه وحياته لمقيداً إذا كان الرضيع صبياً بالنسبة إلى المرضعة تكمة لها ، وجعلت في الشرع أما له بسبب أن جزأها صار جزأه كما أن الأم من النسب كذلك إذ جزؤه جزؤها وجزؤه الآخر جزء الأب ، والبهائم ليست بهذه المرتبة في اعتبار خالقها جل ذكره وإنما خلقها لا ابتداءً

المفعول وهو الأكثر في استعمال الفقهاء ، وكلامه ظاهر - (قوله وهذا لأن اللبن إنما يتصور ممن يتصور منه الولادة) بيانه أن الله تعالى خلق اللبن في الأصل لغذاء الولد لعدم احتمال له لسائر الأطعمة والأشربة في ابتداء حاله ليقوم مقام الطعام والشراب ، فلهذا اختص اللبن على التحقيق بمن يتصور منه الولادة كذا في النهاية . وهذا لا يفيد الاختصاص بمن يتصور منه الولادة إذا تأملت لكن اختصاصه بالأنثى الولود من الحيوان وهو الذي يكون أذنونا لاصموخاً في غير الآدى مما هو ثابت بالاستقراء لم يختلف ، وهو دليل على أن ما في الآدى في الذكر ليس بلبن على التحقيق كدم السمك (وإذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم لأنه لاجزئية بين الآدى والبهائم والحمة باعتبارها) وذكر في المبسوط في هذا حكاية وهي أن محمد بن إسماعيل البخاري صاحب الأخبار كان

(قوله فلهذا اختص اللبن على التحقيق بمن يتصور منه الولادة) أقول : لأنه هو المرئي لا الذكور (قوله لكن اختصاصه بالأنثى الولود من الحيوان وهو الذي يكون أذنونا لاصموخاً في غير الآدى مما هو ثابت بالاستقراء لم يختلف) أقول : قوله ما هو ثابت خبر لكن وقوله هو راجع إلى الولود قال ابن خلكان في ترجمة يزيد بن المفرغ : العرب تقول كل سكاء تبيض وكل شرقاء تلد ، السكاء التي لأذن لها ، والشرقاء : التي لها أذن طويلة . والصابط عندهم فيه أن كل حيوان له أذن ظاهرة فإنه يلد ، وكل حيوان ليست له أذن ظاهرة فإنه يبيض (قوله وهو دليل على أن ما في الآدى في الذكر ليس بلبن) أقول : في دلالة ما ذكره عليه بحث ، إلا أن يراد للدلالة الظنية الضعيفة ومثلها يوجد فهما نقله من النهاية أيضاً ، ثم اعلم أن قوله هو راجع إلى الاستقراء .

(وإذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج) لأنه يصير جامعا بين الأم والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا (ثم إن لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها) لأن الفرقة جاءت من قبلها

الآدمي لها على إنحاء الابتذال المأذون فيه من مالها سبحانه ، قال تعالى - والأنعام خلقها لكم فيها دفع و منافع - وفي آية أخرى - فمنها ركوبهم ومنها يأكلون - وهو سبحانه مالك الأشياء والحكيم على الإطلاق والعلم بالقوابل التي بها يحصل التفضيل الدنيوي ، فلم يثبت سبحانه بواسطة الاغتذاء بلبنها ، بل ولحمها وحصول الجزء منه مزية لها على آدمي توجب مثل ما توجب لمساويه في نوعه من الإكرام والاحترام . فلم تعتبر الشاة أم الصبي وإلا لكان الكباش أباه ، والأختية فرع الأمية ، وكذا سائر الحرم بعدها إنما تثبت بتبعية الأمية حتى الأبوية فإنه لا جزء في الرضيع منه ، بخلاف الأب من النسب لأن جزأه انفصل في ولده الذي نزل اللبن بسببه ولم يستقر في المرأة شيء منه بحيث يكون في لبنها جزء منه فكيف واللبن إنما يتولد من الغذاء ، والكائن من ماء الرجل إنما يصل من أسفل والتغذي لبقاء الحياة والجزء لا يكون إلا ما يصل من الأعلى إلى المعدة ولكن لما أثبت الشرع أمية زوجته عن إرضاع لبن هو سبب فيه أثبت لهوية الرجل الأبوة وحين لأم ولا أب فلا إخوة ولا تحريم . ونقل أن الإمام محمد بن إسماعيل البخاري صاحب الصحيح أفتى في بخاري بثبوت الحرمة بين صبيين ارتضعا شاة فاجتمع علماؤها عليه وكان سبب خروجه منها ، والله سبحانه أعلم . ومن لم يدق نظره في مناطات الأحكام وحكمها كثر خطؤه وكان ذلك في زمن الشيخ أبي حفص الكبير ومولده مولد الشافعي فإنهما معا ولدا في العام الذي توفي فيه أبو حنيفة وهو عام خمسين ومائة (قوله وإذا تزوج الرجل صغيرة رضيعة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج) لأنه صار جامعا بين الأم والبنت من الرضاغة وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا (ثم حرمة الكبيرة حرمة مؤبدة لأنها أم امرأتها ، والعقد على البنت يحرم الأم . وأما الصغيرة فإن كان اللبن الذي أرضعتها به الكبيرة نزل لها من ولد ولدته للرجل كانت حرمتها أيضا مؤبدة كالكبيرة لأنه صار أبا لها ، وإن كان نزل لها من رجل قبله ثم تزوجت هذا الرجل وهي ذات لبن من الأول جاز له أن يتزوجها ثانيا لا تنفاه أبوتها لها ، إلا إن كان دخل بالكبيرة فيتأبد أيضا لأن الدخول بالأم يحرم البنت ، وأما حكم المهر فلا يجب للكبيرة إن لم يكن دخل بها لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول وهو الإرضاع وهو مسقط لنصف المهر كردتها وتقيلها ابن الزوج ، وتعليل السقوط بإضافة الفرقة إليها يعرف منه أن الكبيرة لو كانت مكرهة أو نائمة فارتضعتها الصغيرة أو أخذ شخص لبنها فأوجر به الصغيرة أو كانت الكبيرة مجنونة كان لها نصف المهر لا تنفاه إضافة الفرقة إليها ، وإن كان دخل بها فلها كمال المهر لكن لانفقة عدة لها لجنايتها إن لم تكن مجنونة ونحوها . وأما الصغيرة فلا يتصور الدخول بالرضيعة فعليه لها نصف مهرها لأن الفرقة وقعت لا من جهتها ، والارتضاع وإن كان فعلها وبه وقع الفساد لكن فعلها لا يؤثر في إسقاط حقها

يقول : تثبت به حرمة الرضاغة ، فإنه دخل بخاري في زمان الشيخ أبي حفص الكبير وجعل يفتي فقال له الشيخ لا تفعل فإنك لست هناك ، فأبى أن يقبل نصحه حتى استفتى عن هذه المسئلة فأفتى بثبوت الحرمة فاجتمعوا وأخرجوه من بخاري . قال (وإذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج) لأنه يصير جامعا بين الأم والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا (فأما الكبيرة فإن حرمتها مؤبدة ، وكذلك الصغيرة إن كان دخل بالكبيرة ، وإن لم يدخل بها جاز التزوج بالصغيرة لأنها ربيبة لم يدخل بأمرها) (ثم إنه إن لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها) إن تعمدت الفساد أو لم تعتمد (لأن الفرقة جاءت من قبلها) قبل الدخول بها وللصغيرة

قبل الدخول بها (وللصغيرة نصف المهر) لأن الفرقة وقعت لامن جهتها، والارتضاع وإن كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر في إسقاط حقها كما إذا قتلت مورثها (ويرجع به الزوج على الكبيرة إن كانت تعمدت به الفساد ، وإن لم تتعمد فلا شيء عليها ، وإن علمت بأن الصغيرة امرأته) وعن محمد رحمه الله أنه يرجع في الوجهين ، والصحيح ظاهر الرواية لأنها وإن أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر وذلك يجري مجرى الإلتلاف لكنها مسبية فيه ؛ إما لأن الإرضاع ليس يفسد للنكاح وضعا وإنما ثبت ذلك باتفاق الحال ،

لعدم خطاياها بالأحكام وصار كما لو قتلت مورثها فإنها ترثه ولا يكون قتلها موجبا لحرماتها شرعا ، ولأنها مجبورة بحكم الطبع على الارتضاع ، والكبيرة في إلقامها الثدي مختارة فصار كمن ألقى حية على إنسان فأسعته ضمن لأن اللسع لها طبع فأضيف إليه . وأورد عليه ما لو ارتدت أبوا صغيرة منكوحه ولحقا بها دار الحرب بانت من زوجها ولا شيء لها من المهر ولم يوجد الفعل منها أصلا فضلا عن كونه وجد ولم يعتبر . أجيب بأن الردة محظورة في حق الصغيرة أيضا على ما مر ، وإضافة الحرمة إلى ردتها التابعة لردة أبويها ، بخلاف الارتضاع لاحاط له فتستحق النظر فلا يسقط المهر . وهل يرجع به على الكبيرة إن تعمدت الفساد ؟ يرجع به عليها وإلا لا يرجع ، وتعمده بأن تعلم قيام النكاح وأن الرضاع منها مفسد وتعمده لا لدفع الجوع أو الهلاك عند خوف ذلك ، فلو لم تعلم النكاح أو علمته ولم تعلمه مفسدا أو علمته مفسدا ولكن خافت الهلاك أو قصدت دفع الجوع لا يرجع ، والقول قول الكبيرة

قبل الدخول بها (وللصغيرة نصف المهر لأن الفرقة لم تجب من قبلها) فإن قيل : العلة للفرقة الارتضاع وهي فعلها فلم لم تضاف الفرقة إليها ؟ أجاب بقوله (والارتضاع وإن كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر شرعا في إسقاط حقها) ألا ترى أنها لو قتلت مورثها لم تحرم من الميراث . واعترض عليه بصغيرة مسلمة تحت مسلم ارتد أبواها ولحقا بها بدار الحرب بانت من زوجها ولا يقضى لها شيء من المهر ولم يوجد الفعل منها . والجواب : إنا قد قلنا كلما وقعت الفرقة بفعل من جهتها أسقطت حقها ولم يلزم أن كلما لم تقع الفرقة بفعل من جهتها لم يسقط حقها لأنه إذا لحقها أمر آخرجها عن محلة النكاح كالردة الحاصلة بتبعية الأبوين أسقطت حقها (ويرجع به) أي بما أدى من نصف مهر الصغيرة (على الكبيرة إن كانت تعمدت الفساد) بأن قصدت بالإرضاع إفساد النكاح (وإن لم تتعمد) بأن قصدت دفع الهلاك عنها جوعا فلا شيء عليها ، وإن علمت أن الصغيرة امرأة زوجها . وعن محمد أنه يرجع عليها في الوجهين (جميعا يعني في تعمد الفساد وعدمه لأن من أصله أن المسبب كالمباشر ولهذا جعل فتح باب القصاص والإصطبل وحل قيد الأبق موجبا للضمان على ما عرف في الأصول ، وفي المباشرة المتعدى وغير المتعدى سواء فكذلك في التسبب .) والصحيح ظاهر الرواية لأنها وإن أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر (بتقبييل ابن الزوج إذا بلغت حدا تشهى) وذلك يجري مجرى الإلتلاف (في إيجاب الضمان) لكنها مسبية في ذلك (بالتأكيد لامباشرة) (إما لأن الإرضاع ليس يفسد النكاح وضعا) لأن وضعه لثريبة الصغير لا لإفساد النكاح ، وإنما يثبت الإفساد

(قوله واعترض عليه ، إلى قوله : ولا يقضى لها شيء من المهر الخ) أقول : لو صح ما ذكرتم يلزم أن يقضى لها بالمهر هنا بطريق الأول (قوله والجواب أنا قد قلنا كلما وقعت الفرقة بفعل من جهتها أسقطت حقها الخ) أقول : فيه بحث ، والأصوب لا يسقط حقها ، ويجوز أن يقال التفسير في قوله من جهتها وحقها راجع إلى المرأة الكبيرة دون الصغيرة ، إذ لا فعل منها شرعا لعدم اعتباره فليتأمل (قوله وإن أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر بتقبييل ابن الزوج) أقول : قوله هو راجع إلى ما ، وقوله بتقبييل متعلق بقوله شرف (قوله إذا بلغت حدا تشهى) أقول : يعني الصغيرة المرزعة (قال المصنف : لكنها مسبية فيه ، إما لأن الإرضاع ليس يفسد النكاح الخ)

أو لأن إفساد النكاح ليس بسبب لإلزام المهر بل هو سبب لسقوطه ، إلا أن نصف المهر يجب بطريق المتعة على

في ذلك مع يمينها لأنه لا يعرف إلا من جهتها . وعن محمد أنه يرجع في الوجهين ما إذا قصدت الفساد وما إذا لم تقصده . والصحيح ظاهر الرواية عنه وهو قولهما لأنها : أى الكبيرة وإن أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر بأن تكبر الصغيرة فتفعل ما يسقطه ، وذلك أى تأكد ما هو على شرف السقوط يجرى مجرى الإلتلاف كشهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا يضمّنون نصف المهر لذلك لكنها مسببة فيه لا مباشرة : لأن إلزام التدي شرط للفساد لا علة له ، بل العلة فعل الصغيرة الارتضاع فكانت الكبيرة مباشرة للشرط العقلي . وهذا ظاهر . غير أن المصنف بين كونها مسببة بأن فعل الإرضاع ليس موضوعا لإفساد النكاح بل لتغذية الصغير وترتيبه . وإنما يثبت الفساد باتفاق صيرورتها أما وبنتا تحت رجل . وإما لأن إفساد النكاح الكائن بصنعها ليس بسبب لإلزام المهر شرعا بل لإسقاطه ، ثم يجب نصف المهر بطريق المتعة على ماعرف من أن وجوبه لا بقياس بل بالنص ابتداء جبرا للإيجاش وهو معنى الوجوب بطريق المتعة . لكن من شرطه بطلان النكاح . وقد وجد فيما نحن فيه . ولا يخفى أن هذا التردد بعينه يجرى في مباشرة العلة بأن يقال : الارتضاع ليس بإفساد النكاح وضعاً . والإفساد ليس بسبب لإلزام المهر شرعا بل لإسقاطه الخ ، وليس هو مسببا فالمعول عليه في كونه سببا ما بيناه . وإذا كانت مسببة يشترط فيه : أى في لزوم الضمان التعدي كحفر البئر تسبب للهلاك ، فإن كان في ملكه لا يضمن ماتلف فيه أو في غيره ضمنه للتعدي فيه ، وإنما تكون متعدياً بمجموع العلمين والقصد على ما تقدم . واعلم أن توجيه ظاهر الرواية بهذا لا ينتهض على محمد إذا كان من أصله أن المسبب كالمباشر ولهذا جعل فتح باب القفص والإصطبل وحل قيد الآبق موجبا للضمان لأن حاصل هذا أنه مسبب فيشترط التعدي ، وهو لا يلزم اشتراط التعدي فيه وإنما ينهض الاستدلال على أن المسبب لا يلحق بالمباشر . هذا واستشكل الترخيم بقصد الفساد بما إذا قتل رجل زوجة

باتفاق الحال لتأديته إلى الجمع بين الأم والبنت في ملك رجل نكاحاً ، أو لأن إفساد النكاح ليس بسبب لإلزام المهر لأنه غير مضمون بالاتفاق لكونه غير متقوم في نفسه لأنه ليس بملك عين ولا منفعة على التحقيق ولهذا لا يقدر على بيعه وهبته وإيجاره ، وإنما هو ملك ضروري يظهر في حق الاستيفاء ، بل هو سبب لسقوطه لأن ما يفوت به المبدل يفوت به البديل أيضاً . وتقرير كلامه : الكبيرة بإرضاعها مسببة في تأكيد ما كان على شرف السقوط لا مباشرة لأن الإرضاع ليس بإفساد النكاح وضعاً كما تقرر . سلمنا أن الإرضاع إفساد النكاح لكن إفساده ليس بسبب لإلزام المهر لما تقرر أيضاً . فإن قيل : إذا لم يكن سببا لإلزامه كيف وجب على الزوج نصف

أقول : كيف يكون ذلك وجهاً لظاهر الرواية عن محمد وأصله أن المسبب كالمباشر فتأمل . قال الإقناني : ما كان يحتاج المصنف إلى كلمة الاستدراك بين اسم أن وخبرها لأنه لا يصح أن يقال : إن زيدا لكنه منطلق ، وهذا لأن قوله مسببة وقع خبر إن في قوله لأنها وإن أكدت الخ اه . وأنت خير بأن مسببة خبر لكن وخبر إن محذوف : أى ليست بمباشرة (قوله أولاً لأن إفساد النكاح ليس بسبب لإلزام المهر لأنه غير مضمون بالإلتلاف لكونه ، إلى قوله : وإنما هو ملك ضروري يظهر في حق الاستيفاء بل هو سبب لسقوطه) أقول : الضمير في لأنه راجع إلى النكاح أيضاً ، وقوله هو في قوله هو ملك راجع إلى النكاح أيضاً ، وقوله بل هو ناظر إلى قوله ليس بسبب ، وضمير سقوطه راجع إلى المهر (قال المصنف : إلا أن نصف المهر يجب بطريق المتعة) أقول : قال الإقناني : ولقائل أن يقول : لانسلم أن طريق المتعة لأن المتعة إنما تجب في الطلاق قبل الدخول إذا لم توجد التسمية وهنا التسمية موجودة ، ولهذا يجب نصف المهر ، ولأنه لو وجب بطريق المتعة لإسبيل إلزام المهر لوجب ثلاثة أثواب لأنصف المهر انتهى . ونحن نقول : مراد المصنف أن وجوب نصف المهر مثل وجوب المتعة

ما عرف ، لكن من شرطه إبطال النكاح ، وإذا كانت مسببة يشترط فيه التعدي كحفر البئر ثم إنما تكون متعديّة إذا علمت بالنكاح وقصدت بالإرضاع الفساد ، أما إذا لم تعلم بالنكاح أو علمت بالنكاح ولكنها قصدت دفع الجوع والهلاك عن الصغيرة دون الفساد لا تكون متعديّة لأنها مأمورة بذلك ، ولو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد لا تكون متعديّة أيضاً ، وهذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم

آخر قبل الدخول فإنه يقضى على الزوج بالمهر ولا يرجع به على القاتل . والجواب أن قتله مستعقب لوجوب القصاص أو الدية فلا يجب شيء آخر بقتل واحد ، وللزوج نصيب مما هو الواجب فلا يضاعف عليه . وبما إذا أَرْضعت أجنبيّتان لهما لبن من رجل واحد صغيرتين تحت رجل حرمتا على زوجهما ولم يغرما شيئاً وإن تعمدتا الفساد . وأجيب بالفرق بأن فعل الكبيرة هنا مستقل بالإفساد فيضاف الإفساد إليها ، وفعل كل من الكبيرتين هناك غير مستقل به فلا يضاف إلى واحدة منهما لأن الفساد باعتبار الجمع بين الأختين منهما . بخلاف الحرمة هنا لأنه للجمع بين الأم والبنت وهو يقوم بالكبيرة ، وقد حُرفت هذه المسئلة فوقع فيها الخطأ وذلك بأن قيل فأَرْضعتهم امرأتان لهما منه لبن مكان قولنا لهما لبن من رجل لأن في هذه الصورة الصواب الضمان على كل من هاتين المرأتين . لأن كلا منهما أفسدت لصيرورة كل بنتا للزوج (قوله وهذا منا اعتبار الجهل الخ) جواب سؤال هو أن الجهل بالأحكام في دار الإسلام عندكم ليس عذراً . فقال هذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد الذي هو المحظور الديني لا لدفع الحكم الذي هو وجوب الضمان غير أنه إذا اندفع قصد الفساد انتفى الضمان لأنه لا يثبت إلا بثبوت التعدي كما قلنا والتعدي به يكون ولا يتصور قصده مع الجهل بما ذكرنا ، فعدم الحكم لعدم العلة لا للجهل مع وجود العلة ، وبهذا يندفع قول من قال تضمن إذا علمت بالنكاح ولم تعلم أن الإرضاع مفسد لأنها لا تعذر بجهل الحكم ، ومن فروع هذه المسئلة لو كان تحتها صغيرتان فأَرْضعتهم أجنبيّة معاً أو على التعاقب حرمتا ، فلو كن ثلاثاً فأَرْضعتن بأن أَلقمت ثنتين ثديها وأوجرت الأخرى ماحلبته حرمن أو على التعاقب بآنت الأوليان والثالثة امرأته

المهر . أجاب بقوله إلا أن نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف في باب المهر ، والمتعة تجب بالنص ابتداء بقوله تعالى - ومتعهن - لأن المعقود عليه عاد إليها سالماً ، لكن من شرط وجوبه : أي وجوب نصف المهر بطريق المتعة إبطال النكاح فكانت صاحبة شرط فهي مسببة ، وإذا كانت مسببة يشترط فيه التعدي كما في حفر البئر ، وإنما تكون متعديّة إذا علمت بالنكاح وعلمت أن الإرضاع مفسد وقصدت به الفساد ، وأما إذا لم تعلم بالنكاح أو علمت به ولم تعلم أن الإرضاع مفسد أو علمت به لكن قصدت دفع الهلاك عن الصغيرة جوعاً لا لتكون متعديّة لكونها مأمورة بذلك : أي بالإرضاع لدفع الهلاك . فإن قيل : الجهل بحكم الشرع في دار الإسلام ليس بعذر فكيف جعل جهل المرأة بفساد النكاح عذراً في حق عدم وجوب الضمان عليها . أجاب بقوله وهذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم . وتقديره أن الحكم الشرعي وهو وجوب الضمان يعتمد التعدي والتعدي بما يحصل بقصد الفساد والقصد إلى الفساد إنما يتحقق عند العلم بالفساد ، فإذا انتفى العلم بالفساد انتفى قصد الفساد ، وكان اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم . فإن قلت : دفع قصد الفساد يستلزم دفع الحكم فكان اعتبار

في كونه على خلاف القياس بالنص لا أنه متعة كما فهمه المعارض (قوله والمتعة تجب بالنص ابتداء) أقول : يعني لا بالبعد .

(ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات وإنما تثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين) وقال مالك رحمه الله: تثبت بشهادة امرأة واحدة إذا كانت موصوفة بالعدالة لأن الحرمة حق من حقوق الشرع فتثبت بنجر الواحد كمن اشترى لحما فأخبره واحد أنه ذبيحة الجوسى . ولنا أن ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك في باب النكاح

لأنهن حين ارتضعتا حرمتا فحين ارتضعت الثالثة لم يكن في عصمته سواها : ولو كن أربعاً فأرضعتن معا أو واحدة ثم الثلاث معا حرمين : وكذا لو أرضعتن على التعاقب لأنها حين أرضعت الآخرين لم يكن في نكاحه غيرهما ، ولو كان تحتها صغيرتان وكبيرة فأرضعتن الكبيرة على التعاقب بتي نكاح الثانية لأنها حين أرضعتن ليس في نكاحه غيرها ، والسابق عقد مجرد على الأم فلا يوجب حرمة البنت : ولو كن كبيرتين وصغيرتين فأرضعت كل من الكبيرتين صغيرة حرمت عليه الأربع للزوم الجمع بين الأمين وبنتيهما ، ولو أرضعت إحدى الكبيرتين الصغيرتين ثم أرضعتن الكبيرة الأخرى وذلك قبل الدخول بالكبيرتين . فالكبرى الأولى مع الصغرى الأولى باننا منه لما قلنا ، والصغرى الثانية لم تبن بإرضاع الكبرى الأولى . والكبرى الثانية إن ابتدأت بإرضاع الصغرى الثانية باننا منه ، أو بالصغرى الأولى فالصغرى الثانية امرأته لأنها حين أرضعت الأولى صارت أما لنا وفسد نكاحها لصحة العقد على الصغرى الأولى فيما تقدم ، والعقد على البنت يحرم الأم ثم أرضعت الثانية وليس في نكاحه غيرها (قوله ولا يقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات) أى عن الرجال ، وإنما تثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين . وقال مالك : يثبت بشهادة امرأة واحدة إن كانت موصوفة بالعدالة . ونقل عن أحمد وإسحاق والشافعى بأربع نسوة . والذى في كتبهم إنما يثبت بشهادة امرأتين . وكذا عند مالك بناء على أنه مما لا يطلع عليه الرجال لأنه لا يحل النظر إلى ثدى الأجنبية . والوجه المذكور في الكتاب للاكتفاء بالواحدة وهو أن الحرمة من حقوق الشرع فهى أمر ديني يثبت بنجر الواحد ، كمن اشترى لحماً فأخبره واحد أنه ذبيحة مجوسى فإنه تثبت الحرمة عليه بإخباره . ثم يثبت زوال الملك في ضمنه ، وكمن من شىء يثبت ضمناً بطريق لا يثبت بمثلها قصداً ، ولحديث عقبة بن الحرث في الصحيحين « أنه تزوج أم يحيى بنت أبي إهاب ، فجاءت أمة سوداء فقالت : قد أرضعتكما ، قال : فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال : فأعرض عني فتحتيت فذكرت ذلك له : قال : وكيف وقد زعمت أن قد أرضعتكما » وعقبة هذا يكنى أبا سروعة بكسر السين المهملة وسكون الراء وفتح الواو والعين المهملة ، وبهذا الحديث استدل من قال تقبل الواحدة المرضعة واعتبار ظاهره مطلقاً يوجب جواز قبول الأمة . وروى مطولا في الترمذى ، وفيه « فجاءت امرأة سوداء » وفيه قول عقبة « فأثيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت : تزوجت فلانة بنت فلان فجاءت امرأة سوداء فقالت أرضعتكما وهى كاذبة ، فأعرض عني ، قال : فأثيت من قبل وجهه فقلت إنها كاذبة ، قال : وكيف بها وقد زعمت أنها قد أرضعتكما دعها عنك » ولنا أن ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل

الجهل لدفع الحكم . قلت : لزم ذلك ضمناً فلا معتبر به . وقوله (ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات) أى عن الرجال أجنبيات كنّ أو أمهات أحد الزوجين واحدة كانت أو أكثر . وقال الشافعى : تقبل شهادة أربع منهن . وقال مالك : تقبل شهادة واحدة إذا اتصفت بالعدالة . وجه قول الشافعى إن الرضاع يكون بالثدى ولا يطلع على ذلك رجل لحرمة النظر إليه ، وعنده أن شهادة أربع منهن شرط فيما لا يطلع عليه الرجال لتقوم كل امرأتين مقام رجل . وقلنا : هو مما يطلع عليه الرجال من ذوى المحارم يحل لهم النظر إلى ثديها . ووجه قول

وإبطال الملك لا يثبت إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، بخلاف اللحم لأن حرمة التناول تنفك عن زوال الملك فاعتبر أمرا دينيا ، والله أعلم بالصواب .

عن زوال الملك في باب النكاح لأنها مؤبدة بخلاف الحرمة بالحيض ونحوه والأملاك لا تزال إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، بخلاف حرمة اللحم حيث ينفك عن زوال الملك كالخمر مملوكة محرمة وجلد الميتة قبل الدباغ يحرم الانتفاع به وهو مملوك ، وإذا كانت الحرمة لا تستلزم زوال الملك فالشهادة قائمة على مجرد الحرمة حقا لله تعالى فيقبل فيها خبر الواحد ، وأما الحديث فكان للتورع ، ألا يرى أنه أعرض عنه في المرة الأولى وقيل في الثانية أيضا ، وإنما قال له ذلك في الثالثة ، ولو كان حكم ذلك الإخبار وجوب التفريق لأجابه به من أول الأمر ، إذ الإعراض قد يترتب عليه ترك السائل المسئلة بعد ذلك ففيه تقرير على المحرم ، فعلم أنه قال له ذلك لظهور اطمئنان نفسه بخبرها لا من باب الحكم ، وكونها كاذبة حمقاء على ما قيل لا ينفى اطمئنان النفس بخبرها ، بل قد يكون معه لأن بعض البلاهة يقرنها بحسب الغالب عدم الخبث الذي عنه تعدد الكذب والكلام في هذا القدر لا في الجنون . وقد قلنا : إنه إذا وقع في القلب صدقها يستحب التنزه ولو بعد النكاح ، وكذا إذا شهد به رجل واحد وقولهم لا يطلع عليه أحد من الرجال . قلنا : لا نسلم فإن المحارم من الرجال يطلعون عليه ، وأيضا الرضاة لا تتوقف على إلقام الشدى لجواز حصولها بالوجور والسقوط . وروى عن عمر رضى الله عنه مثل قولنا . وفي المحيط : لو شهدت امرأة واحدة قبل العقد ؛ قيل يعتبر في رواية ولا يعتبر في رواية .

[فروع] قال لامرأته هذه أمى من الرضاة أو أختى أو بنتى من الرضاة ثم رجع عن ذلك بأن قال أخطأت أو نسيت ، إن كان بعد أن ثبت على الأول بأن قال بعده هو حق أو كما قلت فرق بينهما ولا ينفعه جحوده بعد ذلك ، وإن قال قبل أن يصدر منه الثبات عليه لم يفرق بينهما خلافا للشافعى والنكاح باق ، لأن مثله إنما يوجب الفرقة بشرط الثبات ، وتفسير الثبات ما ذكرنا ، ومثل هذا في الإقرار بالنسب ، وذلك لأن ثبوت النسب والرضاة مما يخفى عن الإنسان فالتناقض فيه مطلقا لا يمنع ، بخلاف ما إذا ثبت بعد التروى فيعذر قبله ولا يعذر بعده ، وهذا في النسب فيمن ليس لها نسب معروف ، ولو أقرت المرأة بذلك وأنكر هو ثم قالت أخطأت فالتكاح باق بالإجماع ، وعند الشافعى يحلف الزوج على العلم في قول وعلى البتات في قول ، ولو تزوجها قبل أن تكذب نفسها جاز ولا تصدق المرأة على قولها . بخلاف ما لو أقر الرجل قبل التزوج وثبت على ذلك لا يحمل له تزوجها . قال في الفتاوى الصغرى : هذا دليل على أن المرأة إذا أقرت بالطلقات الثلاث من رجل حل لها أن تزوج نفسها منه انتهى . وكان وجهه أن الطلاق مما يستقل به الزوج في غيبتها وحضورها فيتحقق فيه الخفاء فصح رجوعها عن الإقرار به قبل التروى ، والله أعلم .

مالك أن الحرمة حتى من حقوق الشرع فيثبت بخبر الواحد ؛ كمن اشترى لحما فأخبره واحد أنه ذبيحة الجوسى فإنه ينبغي للمسلم أن لا يأكل منه ولا يطعم غيره لأن الخبر أخبره بحرمة العين وبطلان الملك فثبتت الحرمة مع بقاء الملك ، ثم لما ثبتت الحرمة مع بقاء الملك لا يمكنه الرد على بائعه ولا أن يجبس الثمن عن البائع . ولنا ما ذكره في الكتاب وهو واضح لا يحتاج إلى بيان ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

(قوله ثم لما ثبتت الحرمة مع بقاء الملك الخ) أقول : فيه تأمل .

كتاب الطلاق

كتاب الطلاق

لما فرغ من النكاح وبيان أحكامه اللازمة عند وجوده والمتأخرة عنه وهي أحكام الرضاع شرع يذكر ما به يرتفع لأنه فرع تقدم وجوده واستعقاب أحكامه ، وأيضا بينه وبين الرضاع مناسبة من جهة أن كلا منهما يوجب الحرمة إلا أن ما بالرضاع حرمة مؤبدة ، وما بالطلاق مغيا بغاية معلومة فقدم بيان الحكم الأشد اهتماً بشأنه ، ثم تثنى بالأخف ، وأيضا الترتيب الوجودى يناسبه الترتيب الوضعى ، والنكاح سابق فى الوجود بأحكامه ويتلوه الطلاق فأوجده فى التعليم كذلك . والطلاق اسم بمعنى المصدر الذى هو التطليق كالسلام والسراح بمعنى التسليم والتسريح ، ومنه قوله تعالى - الطلاق مرتان - أى التطليق ، أو هو مصدر طلقت بضم اللام أو فتحها طلاقا كالفساد . وعن الأخفش نى الضم . وفى ديوان الأدب إنه لغة ، والطلاق لغة رفع الوثاق مطلقا ، واستعمل فعله بالنسبة إلى غير نكاح المرأة من الأفعال أطلقت بعيرى وأسيرى ، وفيه من التفعيل طلقت امرأتى ، يقال ذلك إخبارا عن أول طلقة أوقعها ، فإن قاله ثانية فليس فيه إلا التأكيد ، أما إذا قاله فى الثالثة فللتكثير كطلعت الأبواب . وفى الشرع رفع قيد النكاح بلفظ مخصوص وهو ما اشتمل على مادة ط ل ق صريحا كأنت طالق أو كناية كمطلقة بالتخفيف وهجاء طالق بلا تركيب كأنت ط ل ق على ما سأتى وغيرهما كقول القاضى فرقت بينهما عند إباء الزوج الإسلام والعنة واللعان وسائر الكتابات المفيدة للرجعة والبنونة ولفظ الخلع فخرج تفريق القاضى فى إياها ورده أحد الزوجين وتباين الدارين حقيقة وحكما وخيار البلوغ والعنق وعدم الكفاءة ونقصان المهر فإنها ليست طلاقا ، فقول بعضهم رفع قيد النكاح من أهله فى محله غير خاطئ لصدقه على القسوخ ومشتمل على ما لا حاجة إليه ، فإن كونه من الأهل فى المحل من شرط وجوده لادخل له فى حقيقته والتعريف لمجرد ما وركنه نفس اللفظ . وأما سببه فالحاجة إلى الخلاص عند تباين الأخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم إقامة حدود الله تعالى ، وشرعه رحمة منه سبحانه وتعالى . وشرطه فى الزوج أن يكون عاقلا بالغاً مستقيظا ، وفى الزوجة أن تكون منكوحته أو فى عدته التى تصلح معها محلا للطلاق . وضبطها فى المحيط فقال : المعتدة بعدة الطلاق يلحقها الطلاق ، والمعتدة بعدة الوطء لا يلحقها الطلاق . وقد يقال : إنه غير حاصر إذ تتحقق العدة دونهما كما لو عرض فسخ

كتاب الطلاق

لما كان الطلاق متأخرا عن النكاح طبعا أخره عنه وضعا ليوافق الوضع الطبع . والطلاق فى اللغة عبارة عن رفع القيد . وفى عرف الفقهاء عبارة عن حكم شرعى برفع القيد النكاحى بألفاظ مخصوصة . وسببه الحاجة

كتاب الطلاق

(قوله لما كان الطلاق متأخرا الخ) أقول : كان الأنسب للشارح أن يبين وجه تأخيرها عن الرضاع بأنه سبب الحرمة المؤبدة دون الطلاق فقدم الأشد لكنه نظر إلى أن الإرضاع من تنمات النكاح فتأمل (قوله وفى عرف الفقهاء الخ) أقول : لعله منقوض بالفسخ فإن القاضى إذا فسخ النكاح يكون فى بعض المواد طلاقا وفى بعضها فسحا واللفظ واحد فليتأمل .

بختيار بعد مجرد الخلوة اللهم إلا أن تلحق الخلوة بالوطء ، فكأنها هو وفيه تساهل ، ثم يقتضى أن كل عدة عن فسخ بعروض حرمة مؤبدة أو غير مؤبدة لا يقع فيها طلاق ولا شك فيه في الحرمة المؤبدة ، كما إذا عرضت الحرمة بتقبيل ابن الزوج فإنه لا فائدة حينئذ في اعتباره لأنه لا يتوقت بغاية ليفيد الطلاق فائدته . وأما في الفسخ بغيرها فالمصرح به في العدة من خيار العتق والبلوغ أنه لا يلحقها طلاق لأنه فسخ فيجعل كأنه لم يكن ، وكذا بعدم الكفاءة ونقصان المهر ، وعلى هذا إذا سبي أحد الزوجين ف وقعت الفرقة لا يقع طلاق الزوج لعدم العدة لأن المسي إذا كان الزوج فلا عدة على زوجته الحربية ، وإن كانت المرأة فكذلك لخلقها للسبى بالاستبراء . ومثله لو وقعت الفرقة بمهاجرة أحدهما مسلما أو ذميا لا يقع طلاق ، لأنه إن كان الرجل فلا عدة على الحربية ، وإن كانت المرأة فكذلك عند أبي حنيفة وعندهما ، وإن كان عليها العدة فهي عدة لا توجب ملك يدا لإلايد للحربي ، وأقل ما يقع فيه الطلاق ملك اليد فكانت كالعدة عن الفرقة في نكاح فاسد ، وكذا لو خرج الزوجان مستأمنين فأسلم أحدهما أو صار ذميا فهي امرأته حتى تحيض ثلاث حيض ، فإذا حاضتها وقعت الفرقة بلا طلاق فلا يقع عليها طلاقه لأن المصر منها كأنه في دار الحرب لتمكنه من الرجوع ، إلا أنه منقوض بما إذا أسلم أحد الزوجين الذميين و فرق بينهما بإيلاء الآخر فإنه يقع عليها طلاقه وإن كانت هي الآيبة مع أن الفرقة هناك فسخ ، وبه ينتقض ما قيل إذا أسلم أحد الزوجين لم يقع عليها طلاقه ، وينتقض أيضا بالمرتد يقع عليها طلاقه مع أن الفرقة برده فسخ خلافا لأبي يوسف رحمه الله ، ولو كانت هي المرتدة فهي فسخ اتفاقا ، ويقع طلاقه عليها في العدة . واختلف في محلها للطلاق لو هاجرت فانفسخ النكاح فهاجر بعدها وهي في العدة على قولهما لم يقع طلاقه . قال في المبسوط : وقيل هذا قول أبي يوسف رحمه الله الأول وهو قول محمد ، فأما على قول أبي يوسف الآخر يقع طلاقه ، وهو نظير ما لو اشترى الرجل امرأته بعد ما دخل بها ثم أعتقها و طلقها في العدة لا يقع طلاقه في قول أبي يوسف الأول وهو قول محمد . وفي قول أبي يوسف الآخر يقع ، وكذا الخلاف فيما لو اشترت المرأة زوجها : يعنى فأعتقته ، فحكى الخلاف في هاتين المسألتين على عكس ما حكاه في المنظومة في المسئلة الثانية ، ولو ارتد و لحق بدار الحرب لا يقع طلاقه اتفاقا . فلو عاد وهي بعد في العدة فطلقها فهو على هذا الخلاف ، وما ذكر من أنه لا عدة على الحربية في دار الحرب عندهما يخالف ما ذكره محمد في السير فيما إذا أسلمت امرأة الحربي وهما في دار الحرب حيث يتأخر وقوع الفرقة بينهما إلى مضي ثلاث حيض أو ثلاثة أشهر ، فإذا مضت وقعت الفرقة . قال محمد : وعليها ثلاث حيض أخرى وهي فرقة بطلاق ، ولهذا يقع عليها طلاقه لأن تلك الفرقة ليست للتباين بل للإيلاء إلا أن المدة أقيمت مقام إيائه بعد العرض فلذا يقع عليها طلاقه . وأما وصفه فهو أبغض المباحات إلى الله تعالى على ما رواه أبو داود وابن ماجه عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « إن أبغض المباحات عند الله الطلاق » فنص على إباحته وكونه مبغوضا وهو لا يستلزم ترتب لازم المكروه الشرعى إلا لو كان مكروها بالمعنى الاصطلاحي ، ولا يلزم ذلك من وصفه بالبغض إلا لو لم يصفه بالإباحة لكنه وصفه بها لأن أقل التفصيل بعد ما أضيف إليه ، وغاية ما فيه أنه مبغوض إليه سبحانه وتعالى ولم يترتب عليه ما رتب على المكروه ، ودليل نفي الكراهة قوله تعالى : لا جناح عليكم إن طلقتم

الحوجة إليه . وشرطه كون المطلق عاقلا بالغا والمرأة في النكاح أو عدته التي تصلح بها محلا للطلاق ، وحكمه زوال الملك عن المحل . وأقسامه ما يذكره .

(باب طلاق السنة)

النساء ما لم تمسوهن - وطلاقه صلى الله عليه وسلم حفصة ثم أمره سبحانه وتعالى أن يراجعها فإنها صوامة قوامة ، وبه يبطل قول القائلين لا يباح إلا لكبر كطلاق سودة أو ربية فإن طلاقه حفصة لم يقرن بواحد منهما . وأما ما روى « لعن الله كل ذواق مطلق » فحمله الطلاق لغير حاجة بدليل ما روى من قوله صلى الله عليه وسلم « أيما امرأة اختلعت من زوجها بغير نشوز فعليها لعنة الله والملائكة والناس أجمعين » ولا يخفى أن كلامهم فيها سيأتى من التعاليل يصرح بأنه محظور لما فيه من كفران نعمة النكاح وللحديثين المذكورين وغيرهما ، وإنما أبيح للحاجة والحاجة ما ذكرنا في بيان سببه فبين الحكيم منهم تدافع ، والأصح حظره إلا للحاجة للأدلة المذكورة ، ويحمل لفظ المباح على ما أبيح في بعض الأوقات : أعنى أوقات تحقق الحاجة الميحية ، وهو ظاهر في رواية لأبي داود « ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق » وإن الفعل لا عموم له في الزمان ، غير أن الحاجة لا تقتصر على الكبر والريبة . فمن الحاجة الميحية أن يلقى إليه عدم اشتهاها بحيث يعجز أو يتضرر بإكراهه نفسه على جماعها ، فهذا إذا وقع فإن كان قادرا على طول غيرها مع استبقائها ورضيت بإقامتها في عصمتها بلا وطء أو بلا قسم فيكره طلاقه كما كان بين رسول الله صلى الله عليه وسلم وسودة ، وإن لم يكن قادرا على طولها أو لم ترض هي بترك حقها فهو مباح لأن مقلب القلوب رب العالمين . وأما ما روى عن الحسن وكان قيل له في كثرة تزوجه وطلاقه فقال : أحب الغنى ، قال الله تعالى - وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته - فهو رأى منه إن كان على ظاهره ، وكل ما نقل عن طلاق الصحابة رضي الله عنهم كطلاق عمر رضي الله عنه أم عاصم وعبد الرحمن بن عوف تماضر والمغيرة بن شعبة الزوجات الأربع دفعة واحدة فقال لمن : أنتن حسنات الأخلاق ناعمات الأطواق طويلات الأعناق اذهبن فأتن طلاق . فحمله وجود الحاجة مما ذكرنا ، وأما إذا لم تكن حاجة فمحض كفران نعمة وسوء أدب فيكره ، والله سبحانه وتعالى أعلم . وأما حكمه فوقع الفرقة مؤجلا بانقضاء العدة في الرجعى وبدونه في البائن . وأما محاسبته فيها ثبوت التخلص به من المكارة الدينية والدنيوية ، ومنها جعله بيد الرجال دون النساء لاختصاصهن بنقصان العقل وغلبة الهوى ، وعن ذلك ساء اختيارهن وسرع اغترارهن ونقصان الدين وعنه كان أكثر شغلن بالدنيا وترتيب المكاييد وإفشاء سر الأزواج وغير ذلك ، ومنها شرعه ثلاثا لأن النفس كذوبة ربما يظهر عدم الحاجة إليها أو الحاجة إلى تركها وتسوؤه ، فإذا وقع حصل الندم وضاق الصدر به وعيل الصبر ، فشرعه سبحانه وتعالى ثلاثا ليحرب نفسه في المرة الأولى ، فإن كان الواقع صدقها استمر حتى تنقضي العدة وإلا أمكنه التدارك بالرجعة ، ثم إذا عادت النفس إلى مثل الأول وغلبته حتى عاد إلى طلاقها نظر أيضا فيما يحدث له فما يوقع الثالثة إلا وقد

(باب طلاق السنة)

ذهب بعض الناس إلى أن إيقاع الطلاق ليس بمباح إلا عند الضرورة لقوله عليه الصلاة والسلام « لعن الله كل ذواق مطلق » والعامية على إباحته بالنصوص المطلقة كقوله تعالى - لا جناح عليكم إن طلقتم النساء - وقوله تعالى - يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن - وأمثالهما . وأقسامه ثلاثة : حسن ، وأحسن ، وبدعى

(باب طلاق السنة)

أقول : فيكون ذكر العداء استطرادا .

قال (الطلاق على ثلاثة أوجه : حسن ، وأحسن ، وبدعى . فالأحسن أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضى عدتها) لأن الصحابة رضي الله تعالى عنهم كانوا يستحبون أن لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضى العدة فإن هذا أفضل عندهم من أن يطلقها الرجل ثلاثا عند كل طهر واحدة ، ولأنه أبعد من الندامة وأقل ضررا بالمرأة ولا خلاف لأحد في الكراهة

جرب وفقه في حال نفسه ، وبعدد الثلاث تبلى الأعذار . وأما أقسامه فافاده المصنف بقوله (الطلاق على ثلاثة أوجه : حسن ، وأحسن ، وبدعى) اعلم أن الطلاق سني وبدعى : والسني من حيث العدد ومن حيث الوقت ، والبدعى كذلك ، فالسني حسن وأحسن (فالأحسن أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه) ولا في الحيض الذي قبله ولا طلاق فيه ، وهذا على ظاهر المذهب على ما سيأتى (ويتركها حتى تنقضى عدتها) لما أسند ابن أبي شيبة عن إبراهيم النخعي أن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يستحبون أن يطلقها واحدة ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض . وقال محمد : بلغنا عن إبراهيم النخعي (أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يستحبون أن لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضى العدة فإن هذا أفضل عندهم من أن يطلق الرجل امرأته ثلاثا عند كل طهر واحدة ولأنه أبعد عن الندامة) حيث أبى لنفسه مكنة للتدارك حيث يمكنه التزوج بها في العدة أو بعدها دون تخلل زوج آخر (وأقل ضررا بالمرأة) حيث لم تبطل محلتيها بالنسبة إليه فإن سعة حلها نعمة عليها فلا يتكامل ضرر الإيحاء (ولا خلاف لأحد في الكراهة) أنها واقعة أولا ، بل الإجماع على انتفاءها ، بخلاف الحسن فإن فيه خلاف مالك ، ولما ذكرنا من قلة ضرر هذا واستحبابه عند الصحابة كان أحسن . واعلم أن السني المسنون وهو كالمندوب في استعقاب الثواب ، والمراد به هنا المباح لأن الطلاق ليس عبادة في نفسه ليثبت له ثواب فعنى المسنون منه ما ثبت على وجهه لا يستوجب عتابا . نعم لو وقعت له داعية أن يطلقها عقيب جماعها أو حائضا أو ثلاثا ففزع نفسه من الطهر إلى الطهر الآخر والواحدة تقول إنه يثاب لكن لا على الطلاق في الطهر الخالي بل على كف نفسه عن ذلك الإيقاع على ذلك الوجه امتناعا عن المعصية وذلك الكف غير فعل الإيقاع ، وليس المسنون يلزم تلك الحالة ، لأنه لو وقع واحدة في الطهر الخالي من غير أن يخطر له داعية ذلك الإيقاع سميناها طلاقا مسنونا مع انتفاء سبب الثواب وهو كف النفس عن المعصية بعد تهيئ أسبابها وقيام داعيتها ، وهذا كمن استمر على عدم الزنا من غير أن يخطر له داعيته وتهوؤه له مع الكف عنه لا يثاب عليه ، ولو وقعت له داعيته

على ما ذكره في الكتاب ، وهو ظاهر . (قوله ولأنه أبعد من الندامة) حيث أبى لنفسه مكنة التدارك بأن يراجعها في العدة وبعدها بتجديد من غير استحلال ، وأقل ضررا بالمرأة حيث لم تبطل محلتيها نظرا إليه لأن اتساع المحلية نعمة في حقهن فلا يتكامل ضرر الإيحاء . وقوله (ولا خلاف لأحد في الكراهة) أى في عدم الكراهة يعنى

(قال المصنف : الطلاق على ثلاثة أوجه) أقول : قال العلامة النسفي في الكنز : الطلاق رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح انتهى . فيه بحث لأنه منقوض بالفسخ . قال العلامة الزيلعي في شرحه : وهذا في الشريعة . وقوله شرعا يحترز به عن رفع القيد الثابت حسا وهو حل الوثائق . وقوله بالنكاح يحترز به عن العقق لأنه رفع قيد ثابت شرعا لكنه لا يثبت ذلك القيد بالنكاح ، وفي اللغة عبارة عن رفع القيد مطلقا ، يقال أطلق الفرس والأسير ، ولكن استعمل في النكاح بالتفعل وفي غيره بالأفعال ، ولهذا في قوله لامرأته أنت مطلقة بتشديد اللام لا يحتاج فيها إلى التنية وبتشفيفها يحتاج اه (قوله حيث لم تبطل محلتيها نظرا إليه لأن اتساع المحلية نعمة في حقهن)

(والحسن هو طلاق السنة ، وهو أن يطلق المدخول بها ثلاثاً في ثلاثة أطهار) وقال مالك رحمه الله : إنه بدعة ولا يباح إلا واحدة لأن الأصل في الطلاق هو الحظر والإباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة . ولنا قوله

وطلب النفس له وتهيوه له وكف تجافيا عن المعصية أثيب (قوله والحسن طلاق السنة) وأنت حققت أن كلا منهما طلاق السنة فتخصيص هذا باسم طلاق السنة لا وجه له والمناسب تمييزه بالمفضول من طلاق السنة . قال (وهو أن يطلق المدخول بها ثلاثاً في ثلاثة أطهار) سواء كانت الزوجة مسلمة أو غير مسلمة لأنه المخاطب بإيقاعه كذلك ، ويجب على الغائب إذا أراد أن يطلق أن يكتب إذا جاءك كتابي هذا وأنت طاهرة فأنت طالق ، وإن كنت حائضاً فإذا طهرت فأنت طالق . وقال مالك : هذا بدعة ولا يباح إلا واحدة لأن الأصل في الطلاق هو الحظر والإباحة لحاجة الخلاص ، وقد اندفعت بالواحدة (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم) فيما روى الدارقطني من حديث معلى بن منصور ، حدثنا شعيب بن زريق أن عطاء الخراساني ، حدثهم عن الحسن قال : حدثنا عبد الله بن عمر « أنه طلق امرأته وهي حائض ثم أراد أن يتبعها بطلاقين آخرين عند القرع ، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله ، قد أخطأت السنة ، السنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء ، فأمرني فراجعها . فقال : إذا هي طهرت فطلق عند ذلك أو أمسك ، فقلت : يا رسول الله أرايت لو طلقها ثلاثاً أكان يحل لي أن أراجعها ؟ فقال لا ، كانت تبين منك وكانت معصية » أعله البيهقي بالخراساني قال : أتى بزوائد لم يتابع عليها ، وهو ضعيف لا يقبل ما تفرد به . ورد بأنه رواه الطبراني : حدثنا علي بن سعيد الرازي . حدثنا يحيى بن عثمان بن سعيد بن كثير بن دينار الحمصي ، حدثنا أبي : حدثنا شعيب بن زريق سندا ومتنا . وقد صرح الحسن بسماعه من ابن عمر ، وكذلك قال أبو حاتم . وقيل لأبي زرعة الحسن لقي ابن عمر ؟ قال نعم . وأما إعلال عبد الحق إياه بمعلى بن منصور فليس بذلك ، ولم يعله البيهقي إلا بالخراساني ، وقد ظهرت متابعتها ، ولأن الحكم يدار على دليل الحاجة لخفتها لأنها باطنة ، ودليلها الإقدام على طلاقها في زمن تجدد الرغبة . وقد تكون الحاجة ماسة إلى تركها البتة لرسوخ الأخلاق المتباعدة وموجبات المنافرة فلا تفيد رجعتها فيحتاج إلى فطام النفس عنها على وجه لا يعقب الندم والنفس تلح لحسن الظاهر ، وطريق إعطاء هذه الحاجة مقتضاها على الوجه المذكور

لم يقل أحد بكراهة هذا الطلاق . وقوله (لأن الأصل في الطلاق هو الحظر) لأنه قطع النكاح الذي هو سنة فيكون محظورا . وقوله (والإباحة لحاجة الخلاص) الضرورة التخليص عنها بتباين الأخلاق وتنافر الطباع : وهذا المعنى يحصل بالواحدة فلا يحتاج إلى الثانية . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام في حديث ابن عمر وهو ما روى البخاري وغيره مسندا إلى نافع عن عبد الله بن عمر « أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم . فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال عليه الصلاة والسلام : مره فليراجعها ثم ليسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر : ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء » وأشار به إلى قوله تعالى - فطلقوهن لعدتهن - قال إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق ، خير بين الإمساك والطلاق . ولو كان الطلاق الثاني بدعة لما فعل ذلك ، كذا في بعض الشروح . وليس هذا شرح ما في

أقول : فيه مخالفة لما سبق في إثبات خيار العتق في باب نكاح الرقيق على ما فصل في التروح (قال المصنف : والحسن هو طلاق السنة) أقول : تخصيص هذا باسم طلاق السنة لا وجه له ، إذ الأحسن أيضا هو طلاق السنة .

صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر رضى الله عنهما « إن من السنة أن تستقبل الطهر استقبالا فطلقها لكل قرء تطليقة » ولأحكام يدار على دليل الحاجة وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع ، فالحاجة كالمتركة نظرا إلى دليلها ، ثم قيل : الأولى أن يؤخر الإيقاع إلى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة ، والأظهر أن يطلقها كما طهرت ، لأنه لو أخر ربما يجامعها ، ومن قصده التطليق فيبتلى بالإيقاع عقيب الوقاع (وطلاق البدعة أن يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو ثلاثا في طهر واحد ، فإذا فعل ذلك وقع الطلاق)

أن يطلق واحدة ليحرب نفسه على الصبر ويعالجها عليه ، فإن لم يقدر تدارك بالرجعة ، وإن قدر أوقع أخرى في الطهر الآخر كذلك ، فإن قدر أبانها بالثالثة بعد تمرن النفس على الفطام ، ثم إذا أوقع الثالثة في ثلاثة أطهار فقد مضت من عدتها حيضتان إن كانت حرة ، فإذا حاضت حيضة انقضت ، وإن كانت أمة فبالطهر من الحيضة الثانية بانت ووقع عليها ثنتان (قوله ثم قيل الأولى أن يؤخر الطلاق إلى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة) عليها . وقال المصنف : والأظهر أى الأظهر من قول محمد حيث قال : إذا أراد أن يطلقها ثلاثا طلقها واحدة إذا طهرت ، ورجحه بأنه لو أخر ربما يجامعها فيه ومن قصده تطليقها فيبتلى بالإيقاع عقيب الوقاع . ولا يخفى أن الأول أقل ضررا فكان أولى ، وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله (قوله وطلاق البدعة) ماخالف قسما السنة ، وذلك بأن يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو مفرقة في طهر واحد أو ثنتين كذلك أو واحدة في الحيض أو في طهر قد جامعها فيه أو جامعها في الحيض الذي يليه هو ، فإذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا ، وفي كل من وقوعه وعدده وكونه معصية خلاف ، فعن الإمامية لا يقع بلفظ الثلاث ولا في حالة

الكتاب ، وإنما شرحه ماروى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لابن عمر حين طلق امرأته وهى حائض : ما هكذا أمرك الله تعالى ، إنما السنة أن تستقبل الطهر استقبالا وتطلقها لكل قرء تطليقة » (وقوله ولأن الحكم يدار على دليل الحاجة) يبيانه أن الأصل في الطلاق الحظر كما قال مالك . والإباحة للحاجة بسبب العجز عن الإمساك بالمعروف عند عدم موافقة الأخلاق ، والحاجة بسبب العجز أمر مبطن فأقيم دليل الحاجة وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة فيها وهو الطهر الخالي عن الجماع مقامه ، وكلما تكرر دليل الحاجة جعلت كأن الحاجة إلى الطلاق تكررت فأبيح تكرار الطلاق المفرق على الأطهار (وقوله ثم قيل) اختلف المشايخ في هذا الطلاق ؛ فقال بعضهم يؤخر الإيقاع إلى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة . وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة ، واختاره بعض المشايخ ، وقال بعضهم : يطلقها كما طهرت ، لأنه لو أخر ربما يجامعها ، ومن قصده التطليق فيبتلى بالإيقاع عقيب الوقاع . قال المصنف : والأظهر أن يطلقها كما طهرت ، جعل هذا أظهر لأن محمدا قال في الأصل : وإذا أراد أن يطلقها ثلاثا طلقها واحدة إذا طهرت من الحيض . (وطلاق البدعة أن يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو ثلاثا في طهر واحد وهو حرام عندنا . لكنه إذا فعل وقع الطلاق وبانت منه وحرمت حرمة غليظة

(قال المصنف : احترازا عن تطويل العدة) أقول : لا يقال ما ذكر موهوم لا يعارض المحقق الذي هو تطويل العدة لأنه لا تطويل للعدة هنا لأنها ثلاث حيض كاملة ولم يزد عليها شيء ، بخلاف ما إذا طلقها حائضا فإن الحيض الذي وقع فيه الطلاق لا يحسب من العدة مع أنه من جنسها أو يحسب فيكمل بالرابعة ، ولا يتجزأ فيتكامل كما صرح به في كتب الأصول ، وعلى هذا فتطويل العدة في غاية الظهور (قال المصنف : وطلاق البدعة أن يطلقها) أقول : قال ابن الهمام : طلاق البدعة ماخالف قسما السنة ، وذلك بأن يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو مفرقة في طهر واحد أو ثنتين كذلك ، أو واحدة في الحيض ، أو في طهر قد جامعها فيه ، أو جامعها في الحيض الذي يليه هو اه : يعنى الطهر الذي أوقع فيه الطلاق .

وكان عاصيا) وقال الشافعي رحمه الله : كل الطلاق مباح

الحيض لأنه بدعة محرمة ، وقال صلى الله عليه وسلم «من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد» وفي أمره صلى الله عليه وسلم ابن عمر أن يراجعها حين طلقها وهي حائض دليل على بطلان قولهم في الحيض . وأما بطلانه في الثلاث فينتظمه ما سيأتي من دفع كلام الإمامية . وقال قوم : يقع به واحدة . وهو مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما ، وبه قال ابن إسحاق . ونقل عن طاوس وعكرمة أنهم يقولون خالف السنة فيرد إلى السنة . وفي الصحيحين أن أبا الصهباء قال لابن عباس : ألم تعلم أن الثلاث كانت تجعل واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدرنا من إمارة عمر ؟ قال نعم . وفي رواية لمسلم أن ابن عباس قال : كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة . فقال عمر : إن الناس قد استعجلوا في أمر كان لهم فيه أناة ، فلو أمضيته عليهم فأمضاه عليهم . وروى أبو داود عن ابن عباس قال : إذا قال أنت طالق ثلاثا بمرة واحدة فهي واحدة . وروى ابن إسحاق عن عكرمة عن ابن عباس مثل ذلك . وقال الإمام أحمد : حدثنا سعيد بن إبراهيم قال : أنبأنا أبي عن محمد بن إسحاق قال : حدثني داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال « طلق ركائة بن عبد يزيد زوجته ثلاثا في مجلس واحد . فحزن عليها حزنا شديدا ، فسأله النبي صلى الله عليه وسلم كيف طلقها ؟ قال : طلقها ثلاثا في مجلس واحد . قال : إنما تلك طلقة واحدة فارتجعها » . ومنهم من قال في المدخول بها يقع ثلاثا وفي غيرها واحدة : لما في مسلم وأبي داود والنسائي أن أبا الصهباء كان كثير السؤال لابن عباس قال : أما علمت أن الرجل إذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة ؟ الحديث . قال ابن عباس : بل كان الرجل إذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدرنا من إمارة عمر ، فلما رأى الناس قد تنابعوا فيها قال : أجزؤهن عنهم . هذا لفظ أبي داود . وذهب جمهور الصحابة والتابعين ومن بعدهم من أئمة المسلمين إلى أنه يقع ثلاث . ومن الأدلة في ذلك ما في مصنف ابن أبي شيبة والدارقطني في حديث ابن عمر المتقدم « قلت : يا رسول الله أرايت لو طلقها ثلاثا ؟ قال : إذا قد عصيت ربك وبانت منك امرأتك » وفي سنن أبي داود عن مجاهد قال : كنت عند ابن عباس فجاءه رجل فقال : إنه طلق امرأته ثلاثا . قال : فسكت حتى ظننت أنه رادها إليه ، ثم قال أ يطلق أحدكم فيركب الحموة ثم يقول يا ابن عباس يا ابن عباس ؟ فإن الله عز وجل قال - ومن يتق الله يجعل له مخرجا - عصيت ربك وبانت منك امرأتك . وفي موطأ مالك : بلغه أن رجلا قال لعبد الله ابن عباس : إني طلق امرأتى مائة تطليقة فإذا ترى علي ؟ فقال ابن عباس : طلق منك ثلاثا وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله هزوا . وفي الموطأ أيضا : بلغه أن رجلا جاء إلى ابن مسعود فقال : إني طلق امرأتى ثمانى تطليقات . فقال : ما قيل لك . فقال : قيل لي بانت منك . قال : صدقوا . هو مثل ما يقولون وظاهره الإجماع على هذا الجواب . وفي سنن أبي داود وموطأ مالك عن محمد بن إياس بن البكير قال : طلق رجل امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها . ثم بدا له أن ينكحها فجاء يستفتي . فذهبت معه فسأل عبد الله بن عباس وأبا هريرة عن ذلك

وكان عاصيا . وقال الشافعي : كل طلاق مباح) يعني في حد ذاته ، وإنما قلت ذلك لئلا يرد على تعميمه الطلاق حالة

(قال المصنف : كل الطلاق مباح) أقول : من حيث أنه طلاق .

فقلا : لا نرى أن تنكحها حتى تنكح زوجها غيرك ، قال : فإنما كان طلاق إياها واحدة ، فقال ابن عباس : إنك أرسلت من يدك ما كان لك من فضل . وهذا يعارض ما تقدم من أن غير المدخول بها إنما تطلق بالثلاث واحدة وبجميعها يعارض ما عن ابن عباس . وفي موطأ مالك مثله عن ابن عمر . وأما إمضاء عمر الثلاث عليهم فلا يمكن مع عدم مخالفة الصحابة له مع علمه بأنها كانت واحدة إلا وقد اطلعوا في الزمان المتأخر على وجود ناسخ . هذا إن كان على ظاهره أو لعلمهم بانتهاء الحكم كذلك لعلمهم بإنانته بمعان علموا انتفاءها في الزمن المتأخر فإنما نرى الصحابة تابعوا على هذا الأمر ولا يمكن وجود ذلك منهم مع اشتراكهم في حكم الشرع المقرر كذلك أبدا ، فمن ذلك ما أوجدناك عن عمر وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وروى أيضا عن عبد الله بن عمرو بن العاص . وأسند عبد الرزاق عن علقمة قال : جاء رجل إلى ابن مسعود فقال : إني طلق امرأتى تسعا وتسعين ، فقال له ابن مسعود : ثلاث تينها وسائرهن عدوان . وروى وكيع عن الأعمش عن حبيب بن ثابت قال : جاء رجل إلى علي بن أبي طالب فقال : إني طلق امرأتى ألفا ، فقال له عليّ : بانت منك بثلاث واقسم سائرهن على نساءك . وروى وكيع أيضا عن معاوية بن أبي يحيى قال : جاء رجل إلى عثمان بن عفان فقال : طلق امرأتى ألفا فقال بانت منك بثلاث . وأسند عبد الرزاق عن عباد بن الصامت « أن أباه طلق امرأته ألف تطليقة ، فانطلق عبادة فسأله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : بانت بثلاث في معصية الله تعالى ، وبقي تسعمائة وسبع وتسعون عدوانا وظلما ، إن شاء عذبه الله وإن شاء غفر له » وقول بعض الحنابلة القائلين بهذا المذهب : توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مائة ألف عين رآته فهل صح لكم عن هؤلاء أو عن عشر عشرهم القول بلزوم الثلاث بفهم واحد بل لو جهدتم لم تطيقوا نقله عن عشرين نفسا باطل ، أما أولا فيجمعهم ظاهر ، فإنه لم ينقل عن أحد منهم أنه خالف عمر رضي الله عنه حين أمضى الثلاث ، وليس يلزم في نقل الحكم الإجماعي عن مائة ألف أن يسمى كل ليلزم في مجلد كبير حكم واحد على أنه إجماع سكوني . وأما ثانيا فإن العبرة في نقل الإجماع مانقل عن المجتهدين إلا العوام والمائة ألف الذين توفي عنهم رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبلغ عدة المجتهدين الفقهاء منهم أكثر من عشرين كالخلفاء والعبادلة وزيد بن ثابت ومعاذ بن جبل وأنس وأبي هريرة رضي الله عنه وقليل والباقيون يرجعون إليهم ويستفتون منهم ، وقد أثبتنا النقل عن أكثرهم صريحا بإيقاع الثلاث ولم يظهر لهم مخالف فإذا بعد الحق إلا الضلال . وعن هذا قلنا : لو حكم حاكم بأن الثلاث بفهم واحد واحدة لم ينفذ حكمه لأنه لا يسوغ الاجتهاد فيه فهو خلاف لا اختلاف ، والرواية عن أنس بأنها ثلاث أسندها الطحاوي وغيره . وغاية الأمر أن يصير كبيع أمهات الأولاد أجمع على نفيه ، وكن في الزمن الأول يعين ، وبعد ثبوت إجماع الصحابة رضي الله عنهم لا حاجة إلى الاشتغال بالجواب عن قياسهم على الوكيل بالطلاق واحدة إذ طلق ثلاثا مع ظهور الفرق بأن مخالفته لا تحتل مخرجا عن الإبطال لمخالفته الإذن ، والمكلفون وإن كانوا أيضا إنما يتصرفون بإذن الشرع لكن إذا أجمعوا على خلاف بعض الظواهر والإجماع حجة قطعية كان مقدما بأمر الشرع على ذلك الظاهر ، قلنا : أن لا نشغل معه بتأويل ، وقد يجمع بما ذكرنا من الاطلاع على النسخ أو العلم بانتهاء الحكم لانباء علته ، هذا وإن حمل الحديث على خلاف ظاهره دفعا لمعارضة إجماع الصحابة رضي الله عنهم على ما أوجدناك من النقل

الحيض وفي طهر قد جامعها فيه ، فإن الطلاق في هذين الوقتين حرام عنده أيضا . قال في تعليقه :

لأنه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم والمشروعية لاتجامع الحظر ، بخلاف الطلاق في حالة الحيض لأن المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق . ولنا أن الأصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية والإباحة للحاجة إلى الخلاص ، ولا حاجة إلى الجمع بين الثلاث

عنهم واحدا . واحدا ، وعدم مخالف لعمر في إمضائه وظاهر حديث ابن مسعود رضي الله عنه . فتأويله أن قول الرجل أنت طالق أنت طالق كان واحدة في الزمن الأول لقصدتهم التأكيد في ذلك الزمان ، ثم صاروا يقصدون التجديد فألزمهم عمر رضي الله عنه ذلك لعلمه بقصدتهم . وما قيل في تأويله أن الثلاث التي يوقعونها الآن إنما كانت في الزمان الأول واحدة تنبيه على تغير الزمان ومخالفة السنة فيشكل إذ لا يتجه حينئذ قوله فأمضاه عمر رضي الله عنه . وأما حديث ركانة فنكر ، والأصح ما رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه « أن ركانة طلق زوجته البتة ، فحلفه رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه ما أراد إلا واحدة ، فردها إليه فطلقها الثانية في زمن عمر رضي الله عنه ، والثالثة في زمن عثمان رضي الله عنه » قال أبو داود : وهذا أصح . وأما المقام الثالث وهو كون الثلاثة بكلمة واحدة معصية أو لا فحكى فيه خلاف الشافعي رحمه الله استدلل بالإطلاقات من نحو قوله تعالى - لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن - وما روى أن عويمرا العجلاني لما لاعن امرأته وقال : كذبت عليها يارسول الله إن أمسكتها فهي طالق ثلاثا ، ولم ينكر عليه صلى الله عليه وسلم . وفي بعض روايات حديث فاطمة بنت قيس : « طلقني زوجي ثلاثا ، فلم يجعل لي النبي صلى الله عليه وسلم نفقة ولا سكنى » وطلق عبد الرحمن ابن عوف تماضر ثلاثا في مرضه ، وطلق الحسن بن علي رضي الله عنه امرأته شهباء ثلاثا لما هتته بالخلافة بعد موت علي رضي الله عنه ، ولأن الطلاق مشروع والمشروعية لاتجامع الحظر ؛ ألا ترى أنه لو طلق نساء الأربع دفعة بآراء ، فكذا الواحدة ثلاثا بطريق الأولى ، بخلاف الطلاق في حالة الحيض لأنه يحرم للمضارة بتطويل العدة عليها لا الطلاق ، وبخلافه في الطهر الذي جامعها فيه يحرم لتلبس وجه العدة أهوا بالأقراء أو الوضع لأحتمل الحمل ولنا قوله تعالى - الطلاق مرتان - إلى أن قال - فإن طلقها - فلزم أن لا طلاق شرعا إلا كذلك ، لأنه ليس وراء

(لأنه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم) وهو وقوع الطلاق ، وكل ما هو مشروع لا يكون محظورا لأن المشروعية لاتجامع الحظر . فإن قيل : فكيف يصح العموم والطلاق في حالة الحيض حرام ؟ أجاب بقوله (بخلاف الطلاق في حالة الحيض لأن المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق) وكذلك يقول المحرم فيها إذا طلقها في طهر جامعها فيه التباس أمر العدة عليها فإنه إذا طلقها فيه يلتبس أمر العدة عليها لا يدري أي حامل فتعتد بوضع الحمل أو حائل فتعتد بالأقراء ، ثم قال : لا أعرف في الجمع بدعة ولا في التفريق سنة بل الكل مباح (ولنا أن الطلاق الأصل في الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية) من تحصين الفرج عن الزنا المحرم في جميع الأديان (والدنيوية) لما فيه من المسكن والازدواج واكتساب الولد ، وكل ما هو كذلك ينبغي أن لا يجوز وقوعه

(قال المصنف : ولنا أن الأصل في الطلاق هو الحظر) أقول : قال الكافي : فإن قال إنه مأثور به فأن يكون محظورا ؟ قلنا : الأمر به لا ينبغي الحظر ، فإن المحظور قد يرخص بصيغة الأمر حتى لا يقع في محظور فوقع كالخث في اليمين وقطع الصلاة إلى آخر ما ذكره اه . قوله كالخث في اليمين : يعني قول النبي صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير منه ثم ليكفر عن يمينه » وقوله وقطع الصلاة : يعني لإدراك الجماعة .

وهي في المفرق على الأطهار ثابتة نظرا إلى دليلها ، والحاجة في نفسها باقية فأمكن تصوير الدليل عليها ، والمشروعية في ذاته من حيث أنه إزالة الرق لاتنافي الحظر لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه ،

الجنس شيء ، وهذا من طرق الحصر فلا طلاق مشروع ثلاثا بمرة واحدة وكان يتبادر أن لا يقع شيء كما قال الإمامية ، لكن لما علمنا أن عدم مشروعيته كذلك لمعنى في غيره وهو تفويت معنى شرعيته سبحانه له كذلك وإمكان التدارك عند الندم ، وقد يعود ضرره على نفسه وقد لا . وهذا معنى قوله والمشروعية في ذاته لاتنافي الحظر إلى آخره على مانين . ولنا أيضا ما قدمناه من قول ابن عباس رضي الله عنهما للذي طلق ثلاثا وجاء يسأل : عصيت ربك . وما قدمناه من مسند عبد الرزاق في حديث عبادة بن الصامت حيث قال صلى الله عليه وسلم « بانت بثلاث في معصية الله تعالى » وكذا ما حدث الطحاوي عن ابن مرزوق عن أبي حذيفة عن سفيان عن الأعمش عن مالك بن الحارث قال : جاء رجل إلى ابن عباس فقال : إن عمي طلق امرأته ثلاثا ، فقال : إن عمك عصى الله فأثم ، وأطاع الشيطان فلم يجعل له مخرجا ، وما روى النسائي عن محمود بن لبيد قال « أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاثا جميعا فقام غضبان فقال : أيلعب بكتاب الله عز وجل وأنا بين أظهركم حتى قام رجل فقال : يا رسول الله ألا أقتله » وأما ما في بعض الشروح من نسبة الطلاق المذكور إلى محمود بن لبيد فغير معروف ، وحينئذ فيجب حمل ما روى عن بعض الصحابة من الطلاق ثلاثا أنهم قالوا ثلاثا للسنة ، وأيضا لما ذكر المصنف من أن الأصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع المصالح الدينية والدنيوية والأدلة السمعية التي ذكرناها ، وإنما يباح للحاجة إلى الخلاص من المفسد التي قد تعرض في الدين والدنيا فيعود على موضوعه بالنقض ، ولا حاجة إلى الجمع بين الثلاث بخلاف تفريقها على الأطهار فإنها ثابتة نظرا إلى دليلها ، وقد قدمنا أن الحاجة باطنة ، فأنبط الحكم بالحل على دليلها وهو الإقدام عليه في زمن الرغبة ، فإذا طلقها في كل طهر طلقة حكم بالحاجة إلى الثلاث كذلك فورد عليه أن دليل الحاجة إنما يعتبر عند تصور الحاجة وهي ههنا غير متصورة العلم بارتفاعها بالطلقة الواحدة ، فأجاب بمنع انتفاؤها بالكلية لما قررناه في جواب مالك من أن الحاجة قد تتحقق إلى فطام النفس على وجه يأمن ظاهرا عروض الندم ، وطريق دفعها حينئذ الثلاث مفرقة على الأطهار لا مجموعة لما وجهنا به (قوله والمشروعية في ذاته) جواب عن قوله مشروع فلا يتنافى الحظر :

في الشرع إلا أنه أبيع للحاجة إلى الخلاص كما تقدم ولا حاجة إلى الجمع بين الثلاث . فإن قيل : فكما لا حاجة إلى الجمع بين الثلاث فكذا لا حاجة إلى المفرق على الأطهار . أجاب بقوله (وهي) أي الحاجة (في المفرق على الأطهار ثابتة نظرا إلى دليلها) وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر كما تقدم ، والحكم يدار على دليل الحاجة لكونها أمرا مبطنا . فإن قيل : دليل الحاجة إنما يقام مقام الحاجة فيما يتصور وجودها وههنا لا يتصور لأن الحاجة إلى الخلاص عن عهدة النكاح في الطهر الثاني والثالث مع ارتفاع النكاح بالأول غير متصور . أجاب بقوله (والحاجة في نفسها باقية) يعني لاحتمال أن تكون سيئة الأخلاق بذية اللسان فيفسد على الزوج باب إمكان التدارك مع صفاته عن عروض الندم . قال فخر الإسلام : وعلى هذا يجوز أن يباح الثلاث جملة لكنها علة تعارض النص فلم تؤثر . وأظن أنه أراد بالنص قوله تعالى - الطلاق مرتان - فإنه يدل على أنه مفرق ، ويجوز أن يراد قوله عليه الصلاة والسلام لابن عمر « إن من السنة أن تستقبل الطهر استقبالا » الحديث (قوله والمشروعية في ذاته) جواب عن قوله والمشروعية لاتجامع الحظر . ووجهه أن المشروع لذاته لا يجوز أن يكون محظورا لذاته

وكذا إيقاع الثنتين في طهر واحد بدعة لما قلنا. واختلفت الرواية في الواحدة البائدة. قال في الأصل : إنه أخطأ السنة لأنه لا حاجة إلى إثبات صفة زائدة في الخلاص وهي البينونة، وفي الزيادات أنه لا يكره الحاجة إلى الخلاص ناجزا (والسنة في الطلاق من وجهين : سنة في الوقت ، وسنة في العدد . فالسنة في العدد يستوى فيها المدخول بها وغير المدخول بها) وقد ذكرناها (والسنة في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة ، وهو أن يطلقها في طهر لم يجامعها فيه)

يعنى أن مشروعيته باعتبار ذاته ، فإنه في ذاته إزالة الرق لما قدمنا من أن النكاح نوع رق فلا ينافي الحظر لغيره وهو ما ذكرنا من أن فيه قطع متعلق بالمصالح الدينية والدنيوية فجاز إثبات مشروعيته في ذاته مع حظره لذلك فيصح إذا وقع ويستعقب أحكامه مع استعقاب استحقاق العقاب إذا لم يكن مسوغ للحظر الحال كالصلاة في الأرض المغصوبة . والوجه في تقريره أنه مشروع من حيث هو دافع لحاجة لزوم فساد الدين والدنيا ، ولا ينافيه كونه غير مشروع من حيث إنه إضرار وكفران بلا حاجة ، وهذا أحسن من قوله مشروع في ذاته الخ إذا تأملت لأن هذا التفصيل هو الواقع في نفس الأمر ، وسيصرح به في وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف في طلاق الحامل حيث قال : ولهما أن الإباحة بعلة الحاجة (قوله وكذا إيقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا) من أنه لا حاجة إلى الزيادة على الواحدة (قوله واختلفت الرواية في الواحدة البائدة ، قال في الأصل) يعنى أصل المبسوط وهو الكافي للحاكم أبي الفضل أخطأ السنة ، وهو ظاهر الرواية لأنه لا حاجة في الخلاص إلى إثبات صفة البينونة ، ولأنه يسد على نفسه باب التدارك عند عدم اختيار المرأة الرجعة. وفي الزيادات : لا يكره الحاجة إلى الخلاص ناجزا ، والمراد زيادات الزيادات فلا يشكل صحة إطلاق الزيادات عليها ، ومما يدل على صحة هذه أن أبا ركانة طلق امرأته البتة والواقع بها بائن ولم ينكر صلى الله عليه وسلم عليه ، والقياس على الخلع . والجواب تجوز أن يكون أبو ركانة طلق امرأته قبل الدخول أو أنه أخر الإنكار عليه لحال اقتضت تأخيره إذ ذاك ، والخلع لا يكون إلا عند تحقق الحاجة وبلوغها النهاية ، ولهذا روى عن أبي حنيفة أن الخلع لا يكره حالة الحيض (قوله والسنة في الطلاق من وجهين : في الوقت والعدد ، فالسنة في العدد يستوى فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها) وهي أن يطلق واحدة ، فإذا طلق غير المدخول بها ثلاثا كان عاصيا ، في التي خلا بها أولى أن يكون معصية ، ولا يخفى أن الاستواء بينهما مطلقا معتذر ، فإن السنة من حيث العدد في المدخول بها تثبت بقسميها أن يطلقها واحدة ليس غير وأن يلحقها بأخرين عند الطهر ، ولا يتصور ذلك في غير المدخول بها إذ لا عدة لها ، وهذا ظاهر (قوله والسنة في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة) وكأنه عمم المدخول بها في التي

أما إذا كانت المشروعية لذاته والحظر لمعنى في غيره كما ذكرنا من فوات مصالح الدين والدنيا فلا تنافي إذ ذاك كالببيع وقت النداء والصلاة في الأرض المغصوبة وقد قررناه في التقرير ، وكذا إيقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا إنه لا حاجة إلى الجمع بين الثلاث . وقوله (واختلفت الرواية) ظاهر . قال (والسنة في الطلاق من وجهين : أحدهما في الوقت ، والآخر في العدد ، فالسنة في العدد يستوى فيها المدخول بها وغيرها وقد ذكرناها) وهي أن لا يزيد على الواحدة وسمى الواحد عددا مجازا لكونه أصل العدد وهو ما يكون نصف حاشيته (والسنة في الوقت في المدخول بها خاصة وهو أن يطلقها في طهر لم يجامعها فيه) لما ذكرنا أن شرعيته باعتبار الحاجة ،

(قوله وسمى الواحدة عددا مجازا لكونه أصل العدد وهو ما يكون نصف حاشيته) أقول : قوله هو راجع إلى العدد

لأن المرامي دليل الحاجة وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع ، أما زمان الحيض فزمان النفرة ، وبالجماع مرة في الطهر تفتّر الرغبة (وغير المدخول بها يطلقها في حالة الطهر والحيض) خلافاً لفرجه الله ، هو يقيسها على المدخول بها. ولنا أن الرغبة في غير المدخول بها صادقة لاتقل بالحيض ما لم يحصل مقصوده منها ، وفي المدخول بها تتجدد بالطهر . قال (وإذا كانت المرأة لا تحيض من صغر أو كبر فأراد أن يطلقها ثلاثاً للسنة طلقها واحدة ، فإذا مضى شهر طلقها

خلاً بها فإنها أيضاً يجب مراعاة السنة في طلاقها ، وذلك الوقت هو الطهر الذي لاجماع فيه ولا في الحيض الذي قبله فلزم في التخلص من البدعة في المدخول بها مراعاة السنتين ، فلو أدخل بإحدهما لزمّت العصية ، وإنما لم يمتد لأن المرامي في تحقق إباحتها دليل الحاجة إليه وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة ، و زمان تجددتها هو الطهر الخالي عن الجماع لازمان الحيض ، ولا الطهر الذي جومت فيه . أما زمان الحيض فلا لأنه زمان النفرة الطبيعية والشرعية ، وأما الطهر الذي جومت فيه فلا أن الجماع مرة تفتّر الرغبة . وأما غير المدخول بها فالرغبة فيها متوفرة ما لم يذوقها ، فطلاقها في حال الحيض يقوم دليلاً على تحقق الحاجة فجاز أن يطلقها في حال الطهر والحيض جميعاً ، خلافاً لفرجه . هو يقيسها على المدخول بها بجامع أنه وقت النفرة فلم يكن الطلاق فيه دليل الحاجة فلا يباح ، وفيما ذكرنا جوابه بالفرق وهو قوله الرغبة في غير المدخول بها صادقة لاتقل بالحيض. فإن قلت : هذا تعليل في مقابلة النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم لابن عمر « ما هكذا أمرك الله » فالجواب أن الإشارة من قوله هكذا إلى طلاقه الخاص الذي وقع منه فجاز كون تلك كانت مدخولاً بها ولأنه قال في رواية في هذا الحديث « فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء » والعدة ليست إلا للمدخول بها (قوله وإذا كانت المرأة لا تحيض من صغر) أي بأن لم تبلغ من الحيض وهو توسع على المختار ، وقيل ثمان وسبع (أو كبر) بأن كانت المرأة آيسة بنت خمس وخمسين على الأظهر أو لأهلها بأن بلغت بالسن ولم ترد ما أصلاً (فأراد أن يطلقها طلاق السنة طلقها واحدة فإذا مضى شهر طلقها

والمرامي دليلها) وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع ، أما زمان الحيض فزمان النفرة ، وبالجماع مرة في الطهر تفتّر الرغبة (فلم يكن فيهما دليل الحاجة ليقام مقامه ، وغير المدخول بها حيث لم ينل منها شيئاً فالرغبة فيها باقية سواء كان في حالة الحيض وفي حالة الطهر فلم يخرج طلاقها عن السن في أي وقت كان (خلافاً لفرجه فإنه يقيسها على المدخول بها) وقوله ولنا واضح . وعورض بأن ما ذكرتم تعليل في مقابلة النص ، فإن قوله عليه الصلاة والسلام لابن عمر « إنما السنة أن تستقبل الطهر » بإطلاقه يدل على أن الطلاق في حالة الحيض ليس بسنة من غير تفرقة بين المدخول بها وغير المدخول بها ولا عبارة لخصوص السبب . وأجيب بأن الخصوص لم يثبت لخصوص السبب . بل لقوله عليه الصلاة والسلام لعمر « مره فليراجعها » (وإن كانت المرأة لا تحيض من صغر أو كبر فأراد أن يطلقها ثلاثاً للسنة طلقها واحدة فإذا مضى شهر طلقها أخرى فإذا مضى شهر طلقها أخرى لأن الشهر

قوله (وأجيب بأن الخصوص لم يثبت) إلى قوله بل بقوله صلى الله عليه وسلم لعمر رضى الله عنه « مره فليراجعها » أقول : فإن الرجعة تكون في العدة ولا عدة على غير المدخول بها (قال المصنف : وإذا كانت المرأة لا تحيض من صغر أو كبر) أقول : قوله أو كبر : يعني بأن كانت آيسة بنت خمس وخمسين على الأظهر ، أو لا تحيض بأن كانت حاملاً (قال المصنف : فأراد أن يطلقها السنة الخ) أقول : هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وسيجيء بعد مطور بتدليله الخاص .

أخرى ، فإذا مضى شهر طلقها أخرى) لأن الشهر في حقها قائم مقام الحيض ، قال الله تعالى - واللاتي يئسن من المحيض - إلى أن قال - واللاتي لم يحضن - والإقامة في حق الحيض خاصة حتى يقدر الاستبراء في حقها بالطهر

أخرى . فإذا مضى شهر طلقها أخرى ، قال الله تعالى - واللاتي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتي لم يحضن) أى لم يحضن بعد فيما مضى لأن لم تقلب معنى المضارع إلى المضى فأقام الأشهر مقام الحيض حيث نقل من الحيض إليها . وأيضا نص على أن الأشهر عدة بقوله تعالى - فعدتهن ثلاثة أشهر - والعدة في ذوات الحيض ليس إلا الحيض لا المجموع . فلزم بالضرورة كون الأشهر بدل الحيض ورشح بالاستبراء فإنه في ذوات الحيض بحضة وجعل فيمن لا تحيض بشهر ، ويجوز كون الإقامة باعتباره مع لازمه من الطهر المضاف إلى كل . حضة . ورجح بأنه لو لم يكن كذلك اكنى بعشرة أيام لأنها أكثر الحيض المجعول عدة . والحيض المجعول عدة هو الذى يفصل بينه وبين مثله طهر صحيح بحيث تكون عدتهما غالبا شهرا . وفرق بين قولنا هو بدل عن حيض يتخللها أطهار وقولنا بدل عن الحيض والأطهار المتخللة ، فالطهر ضرورة تخفها لامن مسما ، وما ألزم به من أنه لو كان مقام الحيض والطهر جميعا لزم منع الطلاق في الشهر الثاني لأنه في الحيض حكما مدفوع بأنه مقامه في أنه عدة فقط لافي ذاته وذات الشهر طهر ولا في حكم آخر ، ألا يرى أن الطلاق عقيب الجماع في طهر ذوات الأقراء حرام وفي الآيسة والصغيرة لا يحرم ، فكذا الطلاق في الشهر الثاني . وهذا

في حقها قائم مقام الحيض لقوله تعالى - واللاتي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتي لم يحضن -) يعنى إن أشكل عليكم حكم اعتداد هاتين الطائفتين فحكمهن هذا . وقوله (واللاتي لم يحضن) مبتدأ خبره محذوف : أى واللاتي لم يحضن فعدتهن ثلاثة أشهر . وقوله (والإقامة في حق الحيض خاصة) قيل هو إشارة إلى ما اختاره بعض أصحابنا أن الشهر قائم مقام الحيض خاصة دون الحيض والطهر جميعا كما اختاره آخرون . وقال شمس الأئمة : ظن بعض أصحابنا أن الشهر في حق التي لا تحيض بمنزلة الحيض والطهر في حق التي تحيض وليس كذلك ، بل الشهر في حقها بمنزلة الحيض في حق التي تحيض حتى يتقدر به الاستبراء ويفصل به بين طلاق السنة ، وهذا لأن المعتبر في حق ذوات الأقراء الحيض ، ولكن لا يتصور تجدد الحيض إلا بتخلل الطهر ، وفي الشهور ينعدم هذا المعنى فكان الشهر قائما مقام ما هو المعتبر . وفيه بحث من وجهين : أحدهما ما ذكره صاحب النهاية أن الشهر لما أقيم مقام الحيض ، فإذا أوقع الطلاق في أى شهر كان من الأشهر الثلاثة كان موقعا للطلاق في الحيض فكان حراما كما في حالة الحيض . والثاني ما ذكره بعض الشارحين أن الشهر لو قام مقام الحيض خاصة لما احتيج إلى إقامة ثلاثة أشهر مقام ثلاث حيض بل يكتفى بإقامة شهر واحد مقام ثلاث حيض لأن الحيض أكثره عشرة أيام ومدة ثلاث حيض تحصل في شهر واحد لكن اللازم متنفذ فيتنى الملزوم . وأجيب عن الأول بأن هذه المدة طهر حقيقة ، ولكن أقيمت مقام الحيض ، وما قام مقام الشيء لا يجوز أن يكون في معناه من كل وجه وإلا كان عينه لا قائما مقامه فكان قائما مقامه في انقضاء العدة والاستبراء خاصة ؛ ألا ترى أن الطلاق بعد الجماع في ذوات الأقراء حرام وفي الآيسة والصغيرة ليس بحرام ، ولو كان الأشهر بدلا عن الأقراء في جميع الأحكام لكان محرما كما في ذوات الأقراء ، كذا ذكره شيخ الإسلام . والجواب عن الثاني أن الشرع أقام الأشهر

(قوله والثاني ما ذكره بعض الشارحين) أقول : أراد الإتيان . (قوله لكان محرما كما في ذوات الأقراء) أقول : سواء كان مع الطهر

وهو بالحیض لا بالطهر ، ثم إن كان الطلاق في أول الشهر تعتبر الشهور بالأهلة ، وإن كان في وسطه فبالأيام في حق التفريق ، وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة وعندهما يكمل الأول بالآخر والمتوسطان بالأهلة وهي مسألة الإجازات . قال (ويجوز أن يطلقها ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان)

الخلاف قليل الجدوى لا ثمة له في الفروع (قوله إن كان الطلاق وقع في أول الشهر) هو أن يقع في أول ليلة رأت فيها الهلال (تعتبر الشهور بالأهلة) اتفاقا في التفريق والعدة (وإن كان وقع في وسطه فبالأيام في التفريق) أي في تفريق الطلقات بالاتفاق فلا تطلق الثانية في اليوم الموفى ثلاثين من الطلاق الأول بل في الحادى والثلاثين فما بعده لأن كل شهر معتبر بثلاثين يوما ، فلو طلقها في اليوم الموفى ثلاثين كان جامعا بين طلاقين في شهر واحد (وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة) تعتبر بالأيام ، وهو رواية عن أبي يوسف فلا تنقضى عدتها إلا بمضى تسعين يوما (وعندهما يكمل الأول بالآخر والشهران المتوسطان بالأهلة) وقوله في الفتاوى الصغرى : تعتبر في العدة بالأيام بالإجماع يخالف نقل الخلاف (قوله وهي مسألة الإجازات) يعني إذا استأجر ثلاثة أشهر في رأس الشهر اعتبرت بالأهلة اتفاقا ناقصة كانت أو كاملة وإن استأجرها في أثناء شهر تعتبر الأشهر الثلاثة بالأيام عنده ، وعندهما يكمل الشهر الأول بالآخر وفيما بين ذلك بالأهلة . وقيل الفتوى على قولهما لأنه أسهل وليس بشيء . ووجه بأن الأصل في الأشهر الأهلة فلا يعدل عنه إلا لضرورة ، وهي مندفعة بتكميل الأول بالآخر . ويمكن أن يقول ذلك في الأشهر العربية وهي المسماة بالأسماء ، وهو لم يستأجر مدة جهاديين ورجب ثلاثة أشهر مثلا وليس يلزم من ذلك الأهلة ، وحينئذ فلا بد من تسعين لأنه لما لم يلزم من مسمى اللفظ الأهلة صار معناه ثلاثة أشهر من هذا اليوم فلا ينقضى هذا الشهر حتى يدخل من الآخر أيام ثم يبتدأ الآخر من حين انتهى الأول فيلزم كذلك في الثلاثة (قوله ويجوز أن يطلقها) أي يطلق التي لا تحيض من صغر أو كبر (ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان)

مقام حيض تنقضى بها العدة ، وهي إنما تكون في ثلاثة أشهر غالبا ، فأقيمت الأشهر مقام الحيض التي كانت توجد فيها ولم تقم الأشهر مقام مدة الحيض حتى يكتفى بشهر واحد ولم تظهر لى فائدة هذا الاختلاف . وما ذكره صاحب النهاية أن ثمرته تظهر في حق إلزام الحجة ، فإنهم لما أجمعوا على أن في الاستبراء يكتفى بالحيض لا غير توقف إلى الطهر والشهر قائم مقامه في حق التي لا تحيض علمنا أن الشهر قائم مقام الحيض لا غير لأن الخلف إنما يعمل فيما يعمل فيه الأصل ، واشترط الحيض مع الطهر في ثلاث حيض إنما كان لتحقيق عدد الثلاث لا لذات الطهر على ما ذكر في المبسوط ، ولو كان لذاته لاشترط فيما لا يشترط فيه العدد من الحيض فكانوا محجوجين بما قلنا إلى هذا لفظه ليس بشيء كما ترى ، لأن إلزام الحجة على أحد المختلفين لا يكون فائدة الاختلاف ، إذ البديهة تشهد بأن غرض الإنسان من الاختلاف في مسألة لا يكون إلزام الحجة على الخصم . قال (ثم إن كان الطلاق في أول الشهر) إذا كان إيقاع الطلاق في أول الشهر تعتبر الشهور القائمة مقام الحيض بالأهلة كاملة كانت أو ناقصة ، وإن كان في وسطه فبالأيام في حق التفريق بين طلاق السنة وذلك ثلاثون يوما بالاتفاق ، وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة لا يحكم بانقضاء العدة إلا بتمام تسعين يوما من وقت الطلاق ، وعندهما يكمل الأول بالآخر والمتوسطان بالأهلة (وهي مسألة الإجازات) على ما سيأتى إن شاء الله تعالى . قال (ويجوز أن يطلقها) أي الآيسة أو الصغيرة (ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان) قال شمس الأئمة الحلواني : وكان شيخنا يقول هذا إذا كانت

كما قاله ذلك البعض أولا (قوله وما ذكره صاحب النهاية ، إل قوله : ليس بشيء) أقول : قوله وما ذكره مبتدأ ، وقوله ليس بشيء خبره (قوله ويجوز أن يطلقها : أي الآيسة والصغيرة) أقول : والأظهر أن ما ذكره بيان حاصل المعنى ، وإلا فالصغير راجع إلى

وقال زفر: يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض، ولأن بالجماع تفرّ الرغبة، وإنما تتجدد بزمان وهو الشهر: ولنا أنه لا يتوهم الحبل فيها، والكراهية في ذوات الحيض باعتباره لأن عند ذلك يشتهه وجه العدة،

وبه قالت الأئمة الثلاثة. وقال زفر: يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر. وفي المحيط قال الحلواني: هذا في صغيرة لا يرجى حملها، أما فيمن يرجى فالأفضل له أن يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر كما قال زفر. ولا يخفى أن قول زفر ليس هو أفضلية الفصل بل لزوم الفصل، لأن الشهر قائم مقام الحيض في التي تحيض وفيها يجب الفصل بخيضة؛ ففي من لا تحيض يجب الفصل بما أقيم مقامه وهو الشهر، ولأن بالجماع تفرّ الرغبة وإنما تتجدد بزمان (قوله ولنا أنه لا يتوهم الحبل فيها) أي في التي لا تحيض من صغر أو كبر (والكراهية) أي كراهية الطلاق في الطهر الذي جامع فيه في ذوات الحيض لتوهم الحبل فيشبهه وجه العدة أنها بالحيض أو بالوضع، وهذا الوجه يقتضي في التي لا تحيض لا لصغر ولا لكبر بل اتفق امتداد طهرها متصلا بالصغر. وفي التي لم تبلغ بعد وقد وصلت إلى سن البلوغ أن لا يجوز تعقيب وطئها بطلاقها لتوهم الحبل في كل منهما. ولما كان ظاهرا أن يقال قد علم منع الطلاق في الطهر الذي جامع فيه آتفا بفتور الرغبة فلم يقع الطلاق دليل الحاجة فغاية الأمر أن الطلاق في ذلك الطهر ممنوع من وجهين: لاشتباه العدة. ولعدم المبيح وهو الطلاق مع عدم دليل الرغبة. وفي الصغيرة والآيسة إن فقد الأول فقد وجد الثاني فيمتنع. أجاب بقوله والرغبة الخ. وحاصله منع عدم الرغبة مطلقا بجماع هذه: بل انتفى سبب من أسبابها وهو لا يستلزم عدمه مطلقا إلا لو لم يكن من وجه آخر وقد وجد وهو كونه وطأ غير معلق فرارا عن مؤن الولد فكان الزمان زمان رغبة في الوطء وصار كزمان الحبل. وعلى هذا التقرير لا معنى للسؤال القائل لما تعارضت جهة الرغبة مع جهة الفتور تساقطنا فبقى الأصل وهو حظر الطلاق: وتكلف جوابه لأن حاصل الوجه أن للرغبة سببين: عدم الوطء مدة تتجدد الرغبة عند آخرها عادة، وكون الوطء غير معلق، فعلم المدة فقط بالوطء القريب عدم أحد السببين مع قيام الآخر وذلك لا يوجب عدم الرغبة. هذا ثم يمكن أن يقال: ينبغي أن يقتصر في الجواب على منع عدم الرغبة ويترك جميع ما قيل من التعليل بعد توهم الحبل وادعاء أن الكراهية في ذوات الحيض باعتباره فإنه تعليل بما لا أثر له لأنها عقيب الطلاق مترتبة على كل حال إلى أن ترى

صغيرة لا يرجى منها الحيض والحبل. وأما إذا كانت صغيرة يرجى منها الحيض والحبل فالأفضل أن يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر، ولا منافاة بينه وبين قول المصنف لأن الأفضلية لاتنافي الجواز (وقال زفر: يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض) فيمن لا تحيض. وفيها يفصل بين طلاقها ووطئها بخيضة فكذا ههنا بشهر. ولأن الرغبة تعتبر بالجماع فكانت بمنزلة ذوات الأقراء إذا جومت في الطهر وإنما تتجدد الرغبة بزمان فلا بد منه وهو الشهر (ولنا أنه لا يتوهم الحبل فيها) أي في التي نحن فيها من الآيسة أو الصغيرة (والكراهية) أي كراهية الطلاق بعد الجماع (في ذوات الحيض كانت باعتبار الحبل لأن عند ذلك يشتهه وجه العدة) فلا يدري أن انقضاءها يكون بوضع

من لا تحيض لصغر أو كبر (قال المصنف: ولنا أنه لا يتوهم الحبل فيها الخ) أقول: قد سبق في باب المهر أنه يجب العدة في الخلوة صحيحة كانت أو فاسدة في التي لا تحيض أولا لتوهم الشغل (قال المصنف: لأن عند ذلك يشتهه وجه العدة) أقول: قال ابن الهمام: هذا تعليل بما لا أثر له لأنها عقيب الطلاق مترتبة على كل حال إلى أن ترى الدم ثلاث مرات أو لآتراه فتستمر في العدة إلى أن يظهر حملها وتضع أو يظهر أنه امتد طهرها فتصبر إلى أمر الله، فهذا الحال لا يختلف بوطئها في الطهر الذي فيه الطلاق وعدم وطئها. وسنح هذا للخاطر الفاتر قبل النظر إلى هذا المقام من الشرح، ثم قال الشارح: والحق أن كراهية الطلاق عقيب الجماع في ذات الحيض لمروض التدم يظهر الحبل لمكان الولد

والرغبة وإن كانت تفتّر من الوجه الذى ذكر لكن تكثّر من وجه آخر لأنه يرغب فى وطء غير معلق فورا
عن مؤن الولد فكان الزمان زمان رغبة وصار كزمان الحبل (وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع) لأنه لا يؤدى
إلى اشتباه وجه العدة ، وزمان الحبل زمان الرغبة فى الوطء لكونه غير معلق أو يرغب فيها لمكان ولده منها فلا تقل
الرغبة بالجماع (ويطلقها للسنة ثلاثا يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد)
وزفر (لا يطلقها للسنة إلا واحدة)

الدم ثلاث مرات أو لاتراه فتستمر فى العدة إلى أن يظهر حملها وتضع أو يظهر أنه امتد طهرها بأن لم يظهر حملها
فتصبر لأمر الله ، فهذا الحال لا يختلف بوطئها فى الطهر الذى فيه الطلاق وعدم وطئها فيه ، فظهر أن التعليل
باشتباه وجه العدة لا أثر له ، إذ لم يبق فرق بين اعتدادها إذا جومت فى الطهر وعدمه إلا بتجويز أنها حملت أولا
وهذا لا يختلف معه الحال التى ذكرنا من اعتدادها . لا يقال : إنه على أصل الشافعى من أن الحامل تحيض يصح
التعليل به لأنها بعد الانفصال من الوطء يجوز الحبل وإن رأت الدم فلا يجزم بعدم رؤيته ثلاثا إلا إذا مضت مدة
يظهر فى مثلها الحبل ولم يظهر بل وعلى أصلنا لأننا لانمنع من رؤية الحامل الدم ، بل نقول : إن ماتراه فهو استحاضة ،
فع تجوز الحبل لا يتيقن بأن ما رآته حيض أو استحاضة وهى حامل إلى أن تذهب مدة لو كانت حاملا فيها
لظهر الحبل . لأننا نقول : هذا بعينه جار فيما لو وطئت فى الطهر الذى يليه طهر الطلاق ، فلو اعتبر مانعا منع
الوطء فيه أيضا خصوصا فى آخره . والحق أن كراهة الطلاق عقيب الجماع فى ذات الحيض لعروض الندم
بظهور الحبل لمكان الولد وشتات حاله وحال أمه (قوله وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع لأنه لا يؤدى إلى
اشتباه وجه العدة) إن اعتبر حاطرا ، ولأنه زمان الرغبة فى الوطء لكونه غير معلق لأنه اتفق أنها قد حبلت أحبه
أو سقطه فبقي أمنا من غيره فيرغب فيه لذلك ، أو لمكان ولده منها لأنه يتقوى به الولد فيقصد به نفعه فظهر أنه
لا حاجة إلى قوله فيها بل الرغبة فى الوطء لكل من الأمرين (قوله ويطلقها ثلاثا للسنة يفصل بين كل تطليقتين
بشهر عند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمه الله . وقال محمد وزفر رحمهما الله : لا يطلقها للسنة إلا واحدة)

الحمل أو بانقضاء المدة (قوله والرغبة وإن كانت تفتّر من الوجه الذى ذكر) جواب قول زفر أن الرغبة بالجماع
تفتّر وهو ظاهر . واعتراض بأن جهة الرغبة والفتور لما تعارضتا تساقطتا بالمعارضة فرجعنا إلى الأصل وهو أن
الأصل فى الطلاق الحظر لما مر فيحرم عدم التنصل بين وطئها وطلاقها ، وهو فاسد لأن الأصل لا مدخل له
فى إيجاب الفصل بين الوطء والطلاق لذاته ، وإنما تأثيره أن لا يقع الطلاق أصلا أو لا يتكرر كما تقدم . وإنما
المدخل فى ذلك لدليل الحاجة وهو الإقدام على الطلاق فى زمان تجدد الرغبة ، وقد سقطت جهة الرغبة بالمعارضة
فينتفى الحكم الشرعى الدائر على الدليل وهو الفصل (قوله وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع) واضح .

وشتات حاله وحال أمه (قوله وإنما تأثيره أن لا يقع الطلاق الخ) أقول : مستعينا بالله تعالى : تأثير ذلك الأصل أن لا يقع الطلاق إلا حيث
يوجد دليل الحاجة إليه ، فلما انتفى الدليل عقيب الوطء لم يجز الطلاق فيه فلا بد من زمان يتحقق فيه ذلك وهو الشهر ، والأولى أن يحمل
قوله والرغبة وإن كانت تفتّر الخ على منع وجود الرغبة فيه ، فإنها وإن انتفت من الجهة التى ذكرها فقد وجدت من جهة أخرى فليأمل (قوله
وقد سقطت جهة الرغبة الخ) أقول : إذا سقطت جهة الرغبة وإباحة الطلاق كان الإقدام عليه فى زمان تجدها لا يباح الطلاق فيه وهو معنى
وجوب الفصل .

لأن الأصل في الطلاق الحظر ، وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة ، والشهر في حق الحامل ليس من فصولها فصار كالممتد طهرها . ولهما أن الإباحة بعلّة الحاجة والشهر دليلها كما في حق الآيسة والصغيرة ، وهذا لأنه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلّة السليمة فصلح علما ودليلا ، بخلاف الممتد طهرها لأن العلم في حقها إنما

وقال بلغنا ذلك عن ابن مسعود وجابر بن عبد الله والحسن البصري (ولأن الأصل في الطلاق الحظر ، وقد ورد الشرع بإحلال الثلاث مفرقا على فصول العدة في ذوات الحيض) وورد بإقامة الأشهر مقام الحيض في الصغيرة أو الآيسة فصح الإلحاق في تفريقها على الأشهر (والشهر في حق الحامل ليس من فصول عدتها فصارت الحامل كالممتد طهرها) وفيها لا يفرق الطلاق على الأشهر فكذا الحامل ، وقول محمد رحمه الله قول الأئمة الثلاثة (ولهما أن الإباحة بعلّة الحاجة) وقدمنا أنها لا تنفي مطلقا بالطلقة الواحدة فشرع لدفعها على وجه لا يعقب الندم والتفريق على أوقات الرغبة وهي الأطهار التي تلي الحيض ليكون كل طلاق دليل قيامها ولا دخل لكونها من فصول العدة لو كانت فصولا فكيف وفصولها ليس إلا الحيض لأنها العدة لا الأطهار عندنا : فكونها فصلا من فصول العدة ليس جزء المؤثر بل المؤثر دليل الحاجة وشرط دلالة كونه في زمان تجدد الرغبة والتجدد بعد الفتر لا يكون عادة إلا بعد زمان ، وخين رأينا الشرع فرقها على الأطهار وجعل الإيقاع أول كل طهر جائزا علمنا أنه حكم بتجدد الرغبة عند تحقق قدر ما قبله من الزمان إلى مثله من أول طهر يليه وذلك في الغالب شهر ، فأدركنا الإباحة على الشهر ، وعلى هذا فالتفريق على الأشهر في الآيسة والصغيرة ليس لكونها فصولا لإقامتها مقام العدة بل لما ذكرنا فالإثبات فيهما أيضا بالقياس لا بالنص ودلالته ، بخلاف ما قاس عليه من ممتدة الطهر لأنها محل النص على تعلق

وقوله (وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة) يعني قوله تعالى - فطلقوهن لعدتهن - قال ابن عباس : أي لأطهار عدتهن ، ففي ذوات الأقراء فرق على الأطهار ، وفي حق الآيسة والصغيرة على الأشهر لأنها في حقهن كالأقراء في حق ذوات الحيض ، والشهر في حق الحامل ليس من فصول العدة لأن مدة الحمل وإن طال فهو طهر واحد حقيقة وحكما ؛ ألا ترى أن انقضاء العدة لا يتعلق بها فصار كالممتد طهرها فإن طهرها وإن امتد شهرا فهو فصل واحد لا تفرق التطلقات فيه . ولهما أن إباحة الطلاق للحاجة لما تقدم أن الأصل فيه الحظر ، وإنما أبيح عند الحاجة إلى الخلاص عند العجز عن التقصى عن حقوق الزوجية ، والشهر دليل الحاجة كما في حق الآيسة والصغيرة ، وهذا أي كون الشهر دليلا في حق الحامل كما في حق الآيسة والصغيرة لأنه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلّة السليمة فصلح أن يكون علما ودليلا على وجود الحاجة (والحكم يدار على دليلها) فإذا وجد وجد ما أبيح لأجله الطلاق فيكون مباحا . وقوله (بخلاف الممتد طهرها) جواب عن قياس قول محمد بالفرق بأن هناك لا يصح الشهر أن يكون علما لأن العلم على الحاجة في حقها الطهر : أي تجددده وهو موجود فيها في كل زمان

(قوله وقوله وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة : يعني قوله تعالى - فطلقوهن لعدتهن - قال ابن عباس : أي لأطهار عدتهن ، ففي ذوات الأقراء فرق على الأطهار وفي حق الآيسة والصغيرة على الأشهر لأنها في حقهن كالأقراء في حق ذوات الحيض) أقول : قال ابن العميد الإيتاني : والأصح عندي منهج محمد لأن الله تعالى أوجب تفريق الطلاق على فصول العدة في قوله تعالى - فطلقوهن لعدتهن - وهنا في مدة الحمل لا يعتبر الشهر فصلا من فصول العدة فلا يفرق الطلاق على الأشهر ، فلها يقدر استبراء الحمل بوضع الحمل لا بالشهر اهـ (قال المصنف ولهما أن الإباحة بعلّة الحاجة والشهر دليلها) أقول : لا يقال هذا مخالف لما مر في الدرس السابق من أن دليلها هو الإقدام عليه في زمان تجدد الرغبة لأن الظاهر أن الاستناد مجازي .

هو الطهر وهو مرجوٌ فيها في كل زمان ولا يرجى مع الحمل (وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق) لأن النهي عنه لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه فلا ينعدم مشروعيته (ويستحب له أن يراجعها) لقوله

جواز الإيقاع بالطهر الحاصل عقيب الحيض وهو مرجوٌ في حقها كل لحظة ولا يرجى في الحامل ذلك ، وعلى هذا التقرير سقط ما رجح به شارح قول محمد رحمه الله من أنه تعالى أوجب التفريق على فصول العدة بقوله سبحانه وتعالى - فطلقوهن لعدتهن - لما بيناه من إلغاء كونه فصلا من فصول العدة بالنسبة إلى الحكم ، على أنا نمنع دلالة الآية على التفريق أصلا بل على استقبال العدة بالطلاق ، والعدة مجموع الأقراء ، وإنما يفيد تفريقه قوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر رضي الله عنه المتقدم « إن من السنة أن تستقبل الطهر فتطلقها لكل قرء » وأريد بالقرء الطهر ، وقد جاء عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضوان الله عليهم في تفسير الآية أن يطلقها طاهرة من غير جماع ، وهذا لأن لزوم التفريق طريقه أن مفهوم - طلقوهن - : أوجدوا طلاقهن لعدتهن ، فيستلزم عموم طلاقهن لأنه جنس مضاف ، وكذا عدتهن ، فقد أحل جميع طلاقهن وهو ثلاث بجميع عدتهن ، وجميعه بضم واحد حرام ، فكان المراد تفريقه على الأطهار أو ما يقوم مقام ما يستلزمها ، وهذا غير لازم لأن الفعل إنما يدل على المصدر النكرة ، فالمعنى : أوجدوا طلاقا عليهن لعدتهن : أى لاستقبالها . وأيضا فلفظ فصول العدة غير مذكور في النصوص إنما سهاها بذلك الفقهاء ، ولا يعقل من معناه سوى أنه جزء من أجزائها له نسبة خاصة إليها اتفق أنه ثلثها اتفاقا ، وكل شهر من شهور الحامل جزء من أجزائها كذلك وإن لم يتفق أن نسبته بالثلث ، وعلى هذا يقوى بحث شمس الأئمة أن الشهر من فصول عدة الحامل غير أنها لاتعلق به إباحة الإيقاع من حيث هو فصل وجزء بل من حيث هو زمان يتجدد فيه الرغبة عند مسبقه بذلك القدر من الزمان (قوله وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق) خلافا لمن قدمنا النقل عنهم من الإمامية ، ونقل أيضا عن إسماعيل بن علية من الحديثين ، وهذا (لأن النهي عنه لمعنى في غيره) يعنى أن النهي الثابت ضمن الأمر : أى قوله تعالى - فطلقوهن لعدتهن - وهو المراد بالأمر في قوله صلى الله عليه وسلم « ما هكذا أمرك الله » وقوله وهو ما ذكرنا : أى من تحريم تطويل العدة ثم هو بهذا الإيقاع عاص بإجماع الفقهاء (ويستحب له أن يراجعها لقوله

لأنه يمكن أن تحيض فتطهر . ، ولا يرجى تجديد الطهر مع الحمل لأن الحامل لاتحيض قال (وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق ويستحب له أن يراجعها) أما الوقوع فلأن النهي عنه لمعنى في غيره وهو ما ذكرنا : يعنى من قوله لأن المحرم تطويل العدة فإن الحيضة التى يقع فيها الطلاق لاتكون محسوبة منها فتطول العدة عليها . نقل صاحب النهاية عن شيخه أن المراد بالنهي ههنا هو النهي المستفاد من ضد الأمر المذكور في قوله تعالى - فطلقوهن لعدتهن - أى لأطهار عدتهن أو الأمر المذكور في قوله عليه الصلاة والسلام لعمر « مر ابنك فليراجعها » لما أنه كان مأمورا برفع الطلاق الواقع في حال الحيض لأجل الحيض كان منها عن إيقاعه في حالة الحيض . وقال بعض الشارحين : المراد بالنهي قوله تعالى - ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا - والنهي إذا كان لمعنى في غيره لا يمنع المشروعية كما عرف في الأصول . وأما الاستحباب فلقوله عليه الصلاة والسلام لعمر « مر ابنك فليراجعها »

(قوله وهو ما ذكرناه يعنى من قوله لأن المحرم تطويل العدة) أقول : ولعل الأولى أن يقال : يعنى من كونه زمان النفرة فإن المصنف حلل به علم جوازه في زمان الحيض كما مر قبل أسطر (قوله وقال بعض الشارحين : المراد بالنهي الخ) أقول : يعنى تاج الشريعة .

عليه الصلاة والسلام لعمر « مر ابنك فليراجعها » وقد طلقها في حالة الحيض . وهذا يفيد الوقوع والحث على الرجعة ثم الاستحباب قول بعض المشايخ . والأصح أنه واجب عملاً بحقيقة الأمر ورفعا للمعصية بالقدر الممكن برفع أثره وهو العدة ودفعاً لضرر تطويل العدة . قال (فإذا طهرت وحاضت ثم طهرت ، فإن شاء طلقها وإن شاء أمسكها . قال : وهكذا ذكر في الأصل . وذكر الطحاوي أنه يطلقها في الطهر الذي

صلى الله عليه وسلم لعمر في حديث ابن عمر في الصحيحين « مر ابنك فليراجعها » حين طلقها في حالة الحيض ، وهذا يفيد الوقوع) فيندفع به قول نافي الوقوع (والحث على الرجعة والاستحباب المذكور إنما هو قول بعض المشايخ) وكأنه عن قول محمد رحمه الله في الأصل ، وينبغي له أن يراجعها فإنه لا يستعمل في الوجوب (والأصح أنه واجب) كما ذكر المصنف (عملاً بحقيقة الأمر) فإن حقيقته أوجد الصيغة الطالبة على وجه الحتم . واعلم أن قول الشافعية إن لفظ الأمر الذي مادته أمر مشترك بين الصيغة النادرة والموجبة حتى يصدق النذب مأمور به حقيقة ، فعلى هذا لا يلزم الوجوب إذ لا يلزم من قوله مر أوجد الصيغة الطالبة مجردة من القرائن بل يحتمل ذلك وغيره ، فإذا لم يتعين ثبت كونه مطلوباً في الجملة وهو لا يستلزم الوجوب ، ولذا قال الشافعي رحمه الله وكذا أحمد رحمه الله بالاستحباب . وأما عندنا فسمى الأمر الصيغة الموجبة . كما أن الصيغة حقيقة في الوجوب فيلزم الوجوب منها وإن كانت صادرة عن عمر رضي الله عنه لا النبي صلى الله عليه وسلم لأنه نائب عنه فيها فهو كالمبلغ للصيغة ، فاشتمل قوله « مر ابنك » على وجوبين : صريح وهو الوجوب على عمر رضي الله عنه أن يأمر . وضمني وهو ما يتعلق بابنه عند توجيه الصيغة إليه . والقائلون بالاستحباب ههنا إنما بنوه على أن المعصية وقعت فتعذر ارتفاعها فبقي مجرد التشبيه بعدم مباشرتها . والجواب أن ذلك لا يصلح صارفاً للصيغة عن الوجوب لجواز إيجاب رفع أثرها وهو العدة وتطويلها . إذ بقاء الأمر بقاء ماهو أثره من وجه فلا تترك الحقيقة . قيل عليه ما حاصله أن هذا يصلح بحثاً يوجب الوجوب ، لكن لا يفيد أن ما ذكر القدوري من الاستحباب قول بعض المشايخ مع أن محمداً في الأصل إنما قال لفظاً يدل على الاستحباب ، ومرجع هذا الكلام إلى إنكار نقل الوجوب عن المشايخ صريحاً بل ذلك بحث ، فإذا تحقق النقل اندفع . وقوله والأصح كذا في عادة المصنفين نقل المرجح في المذهب لاترجيح مذهب آخر خارج عن المذهب . وتذكير ضمير أثره مع أنه للمعصية إما لتأويلها بالعصيان أو هو للطلاق في الحيض (قوله وإذا طهرت وحاضت ثم طهرت فإن شاء طلقها وإن شاء أمسكها) هذا لفظ القدوري . وهكذا

وقد كان طلقها في حالة الحيض (وهذا) الحديث (يفيد الوقوع) باقتضائه (والحث على الرجعة) بعبارة . قال المصنف (ثم الاستحباب قول بعض المشايخ) ووجهه أن أدنى الأمر الاستحباب فيصرف إليه بقرينة أن الرجعة حق له ولا وجوب على الإنسان فيها هو حقه (والأصح أنه واجب عملاً بحقيقة الأمر) قيل الأمر لعمر وحقيقة الوجوب على عمر أن يأمر ابنه بذلك ، ولا دلالة في ذلك على الوجوب على ابنه . وأجيب بأن فعل النائب كفعل المتوب فصار كأن النبي صلى الله عليه وسلم أمره بذلك فثبت الوجوب ، ويجوز أن يقال فليراجعها أمر لابن عمر فتجب عليه المراجعة . وقوله (ورفعا للمعصية) معطوف على قوله عملاً ، وذلك لأن رفع المعصية واجب ، ورفعها بعد وقوعها إنما هو برفع أثره : أي أثر الطلاق الذي هو معصية وهو العدة ودفعاً لضرر تطويل العدة برفعها بالمراجعة . وقوله (قال) يعني القدوري (فإذا طهرت) يعني بعد المراجعة (وحاضت ثم طهرت . فإن شاء طلقها ، وإن شاء أمسكها) قال المصنف (وهكذا ذكر في الأصل ، وذكر الطحاوي أنه يطلقها في الطهر الذي

(قوله بقرينة أن الرجعة حق له) أقول : بل حق لله تعالى ، فإن الرجوع عن المعصية مما أوجبه الله تعالى على عباده .

بلى الحيضة الأولى : قال أبو الحسن (الكرخي) مذكروه قول أبي حنيفة ، وما ذكر في الأصل قولهما (ووجه المذكور في الأصل أن السنة أن يفصل بين كل طلاقين بحيضة والفصل هنا بعض الحيضة فتكمل بالثانية ولا تتجزأ فتكامل . وجه القول الآخر أن أثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة فصار كأنه لم يطلقها في الحيض فيسن تطليقها في الطهر الذي يليه

ذكر في الأصل . ولفظ محمد فيه : فإذا طهرت في حيضة أخرى راجعها . وذكر الطحاوي أن له أن يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة التي طلقها وراجعها فيها . وقال الشيخ أبو الحسن الكرخي : مذكروه الطحاوي قول أبي حنيفة ، وما ذكره في الأصل قولهما ، والظاهر أن ما في الأصل قول الكل لأنه موضوع لإثبات مذهب أبي حنيفة إلا أن يحكى الخلاف ولم يحك خلافا فيه ، فلذا قال في الكافي : إنه ظاهر الرواية عن أبي حنيفة ، وبه قال الشافعي في المشهور ومالك وأحمد ، وما ذكر الطحاوي رواية عن أبي حنيفة وهو وجه للشافعية (وجه المذكور في الأصل) وهو ظاهر المذهب . لأبي حنيفة من السنة ما في الصحيحين من قوله صلى الله عليه وسلم لعمر « مره فليراجعها ثم ليسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر ، فإن بدا له أن يطلقها فيطلقها قبل أن يمسه فتلك العدة كما أمر الله عز وجل » وفي لفظ « حتى تحيض حيضة مستقبلة سوى حيضتها التي طلقها فيها » ووجه ما ذكر الطحاوي رواية سالم في حديث ابن عمر « مره فليراجعها ثم ليطلقها طاهرا أو حاملا » رواه مسلم وأصحاب السنن . والأولى أولى لأنها أكثر تفسيراً بالنسبة إلى هذه الرواية وأقوى صحة . وظهر من لفظ الحديث حيث قال « ليسكها حتى تطهر » أن استحباب الرجعة أو إيجابها مقيد بذلك الحيض الذي أوقع فيه وهو المفهوم من كلام الأصحاب إذا توهم ، فعلى هذا إذا لم يفعل حتى طهرت تقررت المعصية . وأما الوجه من جهة المعنى فوجه الظاهر المذكور في الأصل أن السنة أن يفصل بين كل تطليقتين بحيضة والفصل هنا بعض الحيضة فتكمل بالحيضة الثانية ولا تتجزأ : أي ليس لجزئها على حدته حكم في الشرع ، والأولى أن يقول : ولا يمكن أن يكون بعض حيضتين حيضة فوجب تكاملها ، إذ لا يتصور حيضة إلا الثانية فلغا بعض الأولى . ووجه ما ذكره الطحاوي أن أثر الطلاق انعدم بالمراجعة فصار كأنه لم يطلقها في هذه الحيضة فيسن تطليقها في الطهر الذي يليها ، وعلى هذه الرواية يتفرع ما عن أبي حنيفة أنه إذا طلقها في طهر لم يجامعها فيه ثم راجعها لا يكره أن يطلقها الثانية في ذلك ، ولو راجعها بعد الثانية لا يكره إيقاع الثالثة ، وعلى هذا فرع مالو أخذ يدها بشهوة ثم قال لها أنت طالق ثلاثا للسنة تقع الثلاث للسنة في الحال متتابعة لأنه يصير مراجعا بالمس بشهوة فيكون الوقت وقت طلاق السنة فيقع الثاني ، وكذا الثالث ، وعلى ظاهر الرواية وهو قولهما لا يقع إلا الأولى ثم في أول كل طهر بعد حيضة تقع أخرى ، فما ذكر في المنظومة ومجمع البحرين من نسبة ذلك إلى أبي حنيفة إنما هو على رواية الطحاوي لأعلى ظاهر مذهبه . هذا إذا وقعت الرجعة

بلى الحيضة (ووفق الكرخي بين الروایتين فقال : مذكروه الطحاوي قول أبي حنيفة ، وما ذكره في الأصل قولهما والمصنف ذكر وجه كل منهما ولم يرجع إلى الحديث المروي في الباب لأن كل واحدة من الروایتين مروية في الحديث . روى البخاري مسندا إلى نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعمر « مره فليراجعها ثم ليسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ، ثم إن شاء أمسك بعد ، وإن شاء طلق قبل أن يمس » وهذا ينبل على رواية الأصل . وروى الترمذي في جامعه مسندا إلى سالم عن ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام قال لعمر « مره فليراجعها ثم ليطلقها إذا طهرت » وهذا يدل على رواية الطحاوي ، وإذا تعارضت الروایتان ذهب المصنف إلى

(ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها أنت طالق ثلاثا للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة) لأن اللام فيه للوقت ووقت السنة طهر لإجماع فيه (وإن نوى أن تقع الثلاث الساعة أو عند رأس كل شهر واحدة فهو على ما نوى) سواء كانت في حالة الحيض أو في حالة الطهر. وقال زفر: لاتصح نية الجمع

بالقول أو بالمس، أما إذا وقعت بالجماع ولم تحبل فليس له أن يطلقها أخرى في هذا الطهر بالإجماع لأنه طهر جامعها فيه وإن حبلت، فعند أبي يوسف ليس له أن يطلقها أخرى حتى يمضي من وقت الطلاق شهر، وعند أبي حنيفة ومحمد وزفر له أن يطلقها لأن العدة الأولى سقطت والطلاق عقيب الجماع في الطهر إنما لايجل لاشتباه أمر العدة عليها وذلك لا يوجد إذا حبلت وظهر الحبل. هذا في تغل الرجعة. فأما لو تخلل النكاح بأن كان الأول بائنا؛ فقل لا يكره الطلاق الثاني اتفاقا، وقيل في تخلل الرجعة ليس له أن يطلقها اتفاقا. والأوجه أنه على اختلاف الرواية عنه (قوله ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها أنت طالق ثلاثا للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة) فإن نوى ذلك فأظهر ثم إن لم يكن جامعها في هذا الطهر وقعت واحدة للحال ثم عند كل طهر أخرى، وإن كان جامعها لم يقع شيء حتى تحيض وتطهر. وعند الشافعي يقع الثلاث للحال لأنه لا بدعة عنده ولا سنة في العدد، ولو كانت من ذوات الأشهر يأتي، ولو كانت غير مدخول بها وقع عليها واحدة في الحال وإن كانت حائضا، ثم لا يقع شيء إلا أن يتزوجها مرة أخرى فتقع الثانية، فإن تزوجها أيضا وقعت الثالثة. ووجه المسئلة على ما هو التحقيق أن اللام للاختصاص، فالمعنى الطلاق المختص بالسنة والسنة

بيان وجههما بالمعاني الفقهية وهو ظاهر (قوله ومن قال لامرأته) اعلم أن من قال لمدخول بها أنت طالق ثلاثا للسنة، فيما أن تكون من ذوات الأقراء أو الأشهر، وكل واحد منهما على وجهين: إما أن يذكر ذلك ولا نية له، أو نوى شيئا، فإن كانت من ذوات الأقراء ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة، وإن نوى الثلاث الساعة أو عند رأس كل شهر واحدة فهو على ما نوى، سواء كانت تلك الساعة حالة الحيض أو حالة الطهر، وكذا رأس كل شهر. وقال زفر: لاتصح نية الجمع لأنه بدعة وهي ضد السنة وضد الشيء لا يرد به. ولنا أن اللام فيه: أي في قوله للسنة للوقت والسنة تكون تارة كاملة إيقاعا ووقوعا وتارة وقوعا فقط فكان كل منهما محتملا، فإذا لم يكن له نية كان مطلقا، والمطلق ينصرف إلى الكامل وهو السنة إيقاعا ووقوعا فيقع عند كل طهر لإجماع فيه تطليقة، وإذا نوى صرف لفظه إلى السنة وقوعا لأن وقوع الثلاث دفعة أو في حالة الحيض مذهب أهل السنة فهو سني من هذا الوجه، ومن حيث أنه عرف صحة وقوعه بالسنة وهو ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال «من طلق امرأته ألفا بانت منه ثلاث والباقي رد عليه» فإن قيل: الوقوع لا يتحقق إلا بالإيقاع لأنه انفعاله فإذا صح الوقوع صح الإيقاع فكان سنيا وقوعا وإيقاعا وليس كذلك. أجب بأن الوقوع لا يوصف بالحرمة لأنه

(قوله فإن كانت من ذوات الأقراء ولا نية له فهي طالق عند كل طهر) أقول: وإن نوى ذلك كان أظهر (قال المصنف: لأن اللام فيه للوقت، ووقت السنة طهر لإجماع فيه) أقول: قال ابن الممام: وجه المسئلة على ما هو التحقيق أن اللام للاختصاص، فالمعنى الطلاق المختص بالسنة والسنة مطلق فينصرف إلى الكامل وهو السني عددا ووقتا، فوجب جعل الثلاث مفرقا على الأطهار ليقع واحدة في كل طهر. وأما تحليل المصنف فلا يستلزم الجواب، لأن المعنى حينئذ ثلاثا لوقت السنة وهذا يوجب تفيد الطلاق بإحدى جهتي سنة الطلاق وهو السني وقتا وحينئذ فؤاده ثلاثا في وقت السنة، ويصدق بوقوعها جملة في طهر بلا جماع، فإنه بهذا التقرير امتنع تعميم السنة في جهتها بخلاف ما قررنا له. وذاك أن نقول: وقت السنة الطلاق الثلاث ثلاثة أطهار لإجماع فيها وذلك مآل ما قال المصنف فليأمل (قوله فإذا صح الوقوع صح الإيقاع الخ)

لأنه بدعة وهى ضد السنة . ولنا أنه محتمل لفظه لأنه سنى وقوعا من حيث أن وقوعه بالسنة لا إيقاعا فلم يتناولوه مطلق كلامه وينتظمه عند نيته (وإن كانت آيسة أو من ذوات الأشهر وقعت الساعة واحدة وبعد شهر أخرى وبعد شهر أخرى) لأن الشهر فى حقها دليل الحاجة كالطهر فى حق ذوات الأقراء على ما بينا (وإن نوى أن يقع الثلاث الساعة وقعن عندنا خلافا لزفر لما قلنا)

مطلق فينصرف إلى الكامل وهو السنى عددا ووقتا فوجب جعل الثلاث مفرقا على الأطهار لتقع واحدة فى كل طهر . وأما تعليل المصنف بكون اللام للوقت فلا يستلزم الجواب لأن المعنى حينئذ ثلاثا لوقت السنة ، وهذا يوجب تقييد الطلاق بإحدى جهتي سنة الطلاق وهو السنى وقتا ، وحينئذ فوؤداه ثلاث فى وقت السنة ، ويصدق بوقوعها جملة فى طهر بلا جماع ، فإنه بهذا التقرير امتنع تعميم السنة فى جهتيها ، بخلاف ماقررنا ، وأما لو صرفه عن هذا بنيته فأراد الثلاث فإنه يصح خلافا لزفر ، قال فإنه بدعة ضد السنة ، ولا يحتمله لفظه فلا تعمل نيته فيه . قلنا : بل يحتمله لأنه سنى وقوعا : أى وقوعه بالسنة فتصح إرادته وتكون اللام للتعليل : أى لأجل السنة التى أوجبت وقوع الثلاث ، بخلاف ما لو صرح بالأوقات فقال أنت طالق ثلاثا أوقات السنة حيث لا تصح فيه نية الجمع لعدم احتمال اللفظ والنية إنما تعمل مع لفظ محتمل واللام تحتمل الوقت والتعليل ، وهى فى مثله للوقت أظهر منها للتعليل فيصرف إلى التعليل بالنية وإلى الوقت عند عدمها ، بخلاف لفظ أوقات ، وكذا إذا نوى أن يقع عند رأس كل شهر واحدة فهى على ما نوى ، سواء كانت عند رأس الشهر حائضا أو طاهرة لأن رأس الشهر إما أن يكون زمان حيضها أو طهرها ؛ فعلى الثانى هو سنى وقوعا وإيقاعا وعلى الأول سنى وقوعا ، فنيته الثلاث ، عند رأس كل شهر مع العلم بأن رأس الشهر قد تكون حائضا فيه نية الأعم من السنى وقوعا وإيقاعا معا أو أحدهما (قوله وإن كانت) أى امرأته : أى التى قال لها أنت طالق ثلاثا للسنة (آيسة أو من ذوات الأشهر) التى هى فصول العدة عندهم فيتناول الحامل عند أبى حنيفة وأبى يوسف (وقعت للساعة واحدة وبعد كل شهر أخرى لأن الشهر فى حقها دليل الحاجة كالطهر فى حق ذوات الأقراء على ما بينا) من أن الشهر فى حقها قائم مقام الحيض (قوله وإن نوى أن تقع الساعة ثلاث وقعن عندنا) خلافا لزفر (لما قلنا) من أنه سنى وقوعا فيصح منويا .

ليس فعل المكلف . ولأنه حكم شرعى وهو لا يوصف بالبدعة والإيقاع يوصف بها لكونه فعل المكلف وكان الوقوع أشبه بالسنة المرضية فلهذا قال سنى وقوعا (وإن كانت آيسة أو من ذوات الأشهر) ولم تكن له نية (وقعت الساعة واحدة وبعد شهر أخرى لأن الشهر فى حقها دليل الحاجة) على ما بينا قبل هذا أن الشهر فى حقها قائم مقام الحيض (وإن نوى أن يقع الثلاث الساعة وقعن عندنا خلافا لزفر لما قلنا) إنه سنى وقوعا ، وإذا قال أنت طالق للسنة ولم ينص على الثلاث ، إن كانت طاهرة لم يجامعها وقع فى الحال ، وإن كانت حائضا أو فى طهر جامعها فيه لم يقع الساعة ، فإذا حاضت وطهرت وقعت تطليقة لأن قوله أنت طالق للسنة إيقاع تطليقة مختصة

أقول : فيه بحث (قال المصنف : وينتظمه عند نيته) أقول : قال ابن الهمام : ويكون اللام للتعليل : أى لأجل السنة التى أوجبت وقوع الثلاث انتهى . وعلى تقرير الشارح أكل الدين اللام للوقت على كل حال (قوله أوجب بأن الوقوع لا يوصف بالحرمة الخ) أقول : يعنى أن قوله أنت طالق ثلاثا فيه جهتان : البدعية ، والسنية ، فإن تكلمه بهذا الكلام يقصد إيقاع الثلاث جملة بدعة وحرام ، واتصافه بكونه إيقاعا للثلاث سنى عرف بالسنة ، والوقوع به ليس فيه جهة الحرمة والبدعة فكان أشبه بالسنة المرضية (قوله لم يقع الساعة) أقول : إذا لم

بمخلاف ما إذا قال أنت طالق للسنة ولم ينص على اثلاث حيث لاتصح نية الجمع فيه لأن نية الثلاث إنما صحت فيه من حيث أن اللام فيه للوقت فيفيد تعميم الوقت

ولقائل أن يقول : ينبغي أن تقع الثلاث في الحال متتابعة لأن هذه يجوز أن يطلقها عقيب جماعه فكان كل وقت في حقها وقت طلاق السنة . وما وجههم به ذلك وهو أن الرغبة مستمرة ولو عقيب الجماع يوجب توالي الثلاث في الوقوع . كما لو مسها بشهوة وقال أنت طالق ثلاثا ناسئة على ما مر عن أبي حنيفة حيث تقع الثلاث متتالية لأن وقت كل واقع منها وقت السنة وإن اختلف الوجه . وعلى هذا يجب أن لا ينحصر حل طلاقها ثلاثا بطلقات متفرقة في أن يفرق بين كل تطبيقين بشهر . بل غاية أن يكون أولى . وينعطف بهذا البحث على ما تقدم أيضا (قوله بمخلاف ما إذا قال أنت طالق للسنة الخ) إذا قال أنت طالق للسنة ولم يذكر ثلاثا وقعت واحدة في الحال إن كانت في طهر لم يجامعها فيه . وإن كانت قد جامعها أو حائضا لم يقع شيء حتى تطهر فتقع واحدة لأن اللام فيه للاختصاص : أي الطلاق المختص بالسنة . ولو نوى ثلاثا منفردا على الأظهار صح لأن المعنى في أوقات طلاق السنة ، ومن ضرورة وقوع الطلاق في كل وقت منها وهي متعددة تعدد الواقع فيصح . ولو نوى ثلاثا جملة اختلف فيه : فذهب المصنف وفخر الإسلام والصدر الشهيد وصاحب الاختصاصات إلى أنه لا يصح وإنما يقع به واحدة في الحال . وذهب القاضي أبوزيد وشمس الأئمة وشيخ الإسلام إلى أنه يصح فتقع الثلاث جملة كما تقع مفرقة على الأظهار لأن السنة يحتمل معنى التعليل فيصح وقوعها كما إذا صرح بلفظ الثلاث . وحققه بعضهم بأن التطبيق المختصة بالسنة مستحب وهو ما عرف وبدعي وكلاهما عرفا بالسنة وإن اقرب أحدهما بالزهي فأيهما نواه صح فإذا نوى البدعي صح لأنه محتمل كلامه . ومختار المصنف أوجه لأن مع نية الجملة لا تكون اللام للوقت منفردة للعموم . وما وقع الثلاث إلا عن ضرورة تعميمها بالوقوع لأن مجرد طالق لاتصح فيه نية الثلاث على ما سيأتى إن شاء الله تعالى . فإذا فقد تعميم الأوقات لم يبق ما يصلح لإيقاع الثلاث فلا تعمل نية جملتها . وقولهم المختص بالسنة مستحب وبدعي ، فأيهما نواه صح . إن أرادوا أنه إذا نوى الطلاق العام الذي هو أحد القسمين صح معناه لأن طالقا لا يراد به الثلاث أصلا بلا خلاف في المذهب على ما سيأتى لعدم احتماله إياه فلا يراد به . وإن أرادوا أنه إذا نوى فردا من الطلاق البدعي أو المستحب صح فسلم ولا يفيد وقوع الكل . وليس ثم موجب آخر لغرض أن اللام ليست لعموم الوقت ليس غير . وأورد عليه بعض الشارحين منع أن تعميم الأوقات يستلزم تعميم الواقع للاتفاق على أنه إذا قال أنت طالق كل يوم ولا نية له لا يقع الثلاث لما سيعرف من أنها بطلاق واحد تكون طالقا كل يوم . وكذا بطلاق في وقت من أوقات السنة تصير به طالقا في جميع أوقاتها المستقبلية . وهذا غير مطابق للمتنافز فيه لأن الكلام فيما إذا نوى بقوله أنت طالق للسنة تعميم أوقات السنة بالوقوع لافيا إذا لم تكن له نية . وقد ذكرنا

بالسنة المعرفة باللام وهي تلك ، وإن نوى ثلاثا جملة قال المصنف لاتصح . قيل هكذا ذكر فخر الإسلام والصدر الشهيد وصاحب الاختلافات وعلاء الدين السمرقندي ، لأن نية الثلاث إن صحت فإنما تصح من حيث أن اللام فيه للوقت ، ووقت طلاق السنة متعدد فيفيد تعميم الوقت . ومن ضرورة تعميم الوقت تعميم الواقع فيه لأنه جعل الوقت ظرفا للواقع وقد تكرر الظرف فيتكرر المظروف . فإذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فيبطل تعميم

ينودك (قوله فيفيد تعميم الوقت) أقول : يعني إذا نوى ذلك (قوله وقد تكرر الظرف فيتكرر المظروف) أقول : فيه أن زيدا مثلا موجود اليوم واليوم الذي نبه وهكذا . فالظرف لوجوده متكرر وليس لوجوده متكرر .

ومن ضرورته تعميم الواقع فيه ، فإذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فلا تصح نية الثلاث .

أنه إذا لم تكن نية تقع واحدة وكذلك طالق كل يوم تقع به واحدة بلا نية . ولو نوى فيه تجدد الواقع في الأيام عملت نيته فيقع الثلاث في ثلاثة أيام . نعم هذا يصلح إشكالا على صحة وقوع الثلاث مفرقا على الأطهار في هذه المسئلة ومفرقا على الأيام في المسئلة الموردة بناء على ما ذكرنا من أن طالقا لا يقبل التعميم ، وللسنة على ما قرر المصنف لوقها فيفيد تعميم الوقت ، لكن تعميمه لا يستلزم تعميم الواقع في العدد بل انسحاب حكم طلاق واحدة يوجب أنها طالق في جميع أوقات السنة المستقبلية وفي كل الأيام فلم يوجب تعميم طالق في عدد الطلاق ولا يحتمله فلا يحتمل حينئذ التعميم فلا تصح نيته ، وسندكر ما ذكر من وجه تصحيحه في فصل إضافة الطلاق إن شاء الله تعالى .

[فروع] ألفاظ طلاق السنة على ما روى بشر عن أبي يوسف : السنة وفي السنة وعلى السنة وطلاق سنة والعدة وطلاق عدة وطلاق العدل وطلاقا عدلا وطلاق الدين والإسلام ، وأحسن الطلاق وأجله ، أو طلاق الحق أو القرآن أو الكتاب ، كل هذه تحمل على أوقات السنة بلا نية لأن كل ذلك لا يكون إلا في المأمور به . ولو قال طالق في كتاب الله أو بكتاب الله أو معه ، فإن نوى طلاق السنة وقع في أوقاتها ، وإلا وقع في الحال لأن الكتاب يدل على الوقوع للسنة والبدعة فيحتاج إلى النية . ولو قال على الكتاب أو به أو على قول القضاة أو الفقهاء أو طلاق القضاة أو الفقهاء ، فإن نوى السنة دين ، وفي القضاء يقع في الحال لأن قول القضاة والفقهاء يقتضي الأمرين ، فإذا خصص دين ولا يسمع في القضاء لأنه غير ظاهر . ولو قال عدلية أو سنية وقع عند أبي يوسف للسنة ، ولو قال حسنة أو جميلة وقع في الحال . وقال محمد في الجامع الكبير : وقع في الحال في كليهما لأن هذه الصفات جاز أن توصف بها المرأة فلا تجعل للطلاق حتى يتأخر فيقع في الحال ، واعتبر أبو يوسف الغالب وباقي هذا الفصل تشبيه الطلاق . ولو قال طالق للبدعة أو طلاق البدعة ونوى الثلاث في الحال يقع لأنها محتمل كلامه ،

الواقع فيه لأن بطلان المقتضى يوجب بطلان المقتضى فلا تصح نية الثلاث ، بخلاف ما إذا ذكر ثلاثا لأن الثلاث مذکور صريحا فتصح نيته . وذكر صاحب الأسرار وشمس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام أن نية الثلاث صحيحة جملة كما لو ذكر ثلاثا لأن التطليقة المختصة بالسنة المعرفة باللام نوعان : حسن ، وأحسن . فالأحسن أن يطلقها في طهر لاجماع فيه . والحسن أن يطلق الثلاث في ثلاثة أطهار ، فإذا نوى الثلاث فقد نوى أحد نوعي التطليقة المختصة بالسنة فتصح نيته . كما لو قال أنت طالق ثلاثا للسنة أو طلاقا للسنة . كذا في بعض الشروح . وفيه نظر لأن المدعى وقوعها جملة ، ودليله يدل على التفريق على الأطهار كما ترى . ونقل قاضيخان في الجامع الصغير عن الأصل أنه يقع جملة كما لو ذكر ثلاثا ، وفيه نظر لأنه يستلزم التساوي بين العبارة والاقتضاء

(قوله وفيه نظر لأنه يستلزم التساوي بين العبارة والاقتضاء) أقول : إن شئت تمام تحقيق الكلام وتبيين المرام فراجع كتب الأصول وانظر مباحث الاقتضاء (قال المصنف : ومن ضرورته تعميم الواقع فيه) أقول : قال الإقناني : ولنا فيه نظر لأن تعميم الوقت لا يستلزم تعميم الواقع فيه ، ألا يرى أنه لو قال لامرأته أنت طالق كل يوم ولم تكن له نية لاتقع إلا طلاق واحدة عندنا خلافا لفرع مع أن الوقت عام كما ترى من لفظ العموم ولم يلزم منه عموم الواقع انتهى . ولك أن تقول : وزان ما ذكرته وزان قولنا زيد موجود كل يوم فيحمل على استمرار الطلاق الواحد إذا لم تكن له نية بخلاف قولنا أنت طالق السنة فإنه يفيد اختصاص الطلاق لأوقات السنة إذا أريد تعميم الوقت والطلاق المستمر لا يختص بوقت السنة بل يوجد كل وقت فلا مجال للحمل عليه بل يحمل على المتجدد فاللام في قوله تعميم الوقت للعهد ، يعني وقت السنة ، ومن ضرورة تعميم وقت السنة تعميم الواقع فيه فليتأمل

(فصل)

(ويقع طلاق كل زوج إذا كان عاقلا بالغا ، ولا يقع طلاق الصبي والمجنون والنائم) لقوله عليه الصلاة والسلام « كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمجنون » ولأن الأهلية بالعقل المميز وهما عديم العقل

وكذا الواحدة في الحيض والطمهر الذي فيه جماع . وإن لم تكن له نية . فإن كان في طهر فيه جماع أو في حالة الحيض أو النفاس وقعت واحدة من ساعته . وإن كانت في طهر لاجتماع فيه لا يقع للحال حتى تحيض أو يجامعها في ذلك الطهر .

(فصل)

(قوله ولا يقع طلاق الصبي) وإن كان يعقل (والمجنون والنائم) والمعتوه كالمجنون ، قيل هو القليل النهم المختلط الكلام الفاسد التدبير لكن لا يضرب ولا يشتم ، بخلاف المجنون . وقيل العاقل من يستقيم كلامه وأفعاله إلا نادرا والمجنون ضده ، والمعتوه من يكون ذلك منه على السواء ، وهذا يؤدي إلى أن لا يحكم بالعتة على أحد ، والأول أولى . وما قيل من يكون كل من الأمرين منه غالبا معناه يكثر منه . وقيل من يفعل فعل المجانين عن قصد مع ظهور الفساد والمجنون بلا قصد ، والعاقل خلافهما وقد يفعل فعل المجانين على ظن الصلاح أحيانا . والمبرسم والمغمي عليه والمدهوش كذلك ، وهذا (لقوله صلى الله عليه وسلم « كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمجنون ») والذي في سنن الترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله » وضعفه . وروى ابن أبي شيبة بسنده عن ابن عباس رضي الله عنهما : لا يجوز طلاق الصبي والمجنون . وروى أيضا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال : كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه . وعلقه البخاري أيضا عن علي رضي الله عنه ، والمراد بالجواز هنا النفاذ . وروى البخاري أيضا عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه قال : ليس لمجنون ولا لسكران طلاق . لكن معلوم من كليات الشريعة أن التصرفات لا تنفذ إلا ممن له أهلية التصرف وأدراكها بالعقل والبلوغ خصوصا ما هو دأب بين الضرر والنفع خصوصا ما لا يحل إلا لا تنفأ مصلحة ضده القائم كالطلاق فإنه يستدعي تمام العقل ليحكم به التمييز في ذلك الأمر ، ولم يكف عقل الصبي العاقل لأنه لم يبلغ الاعتدال ، بخلاف ما هو حسن لذاته بحيث لا يقبل حسنة السقوط وهو الإيمان حتى صح من الصبي العاقل ، ولو فرض لبعض الصبيان المراهقين عقل جيد لا يعتبر لأن المدار صار البلوغ

في العموم وهو خلاف المذهب ، فإن مقتضى لا عموم له عندنا ، ولعله سبب اختيار المصنف عدم الوقوع جملة ، والله أعلم .

(فصل)

لما ذكر طلاق السنة لأنه الأصل وذكر ما يقابله من طلاق البدعة شرع في بيان من يقع طلاقه ومن لا يقع (ويقع طلاق كل زوج عاقل بالغ دون الصبي والمجنون والنائم لقوله عليه الصلاة والسلام « كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمجنون »)

(فصل)

والثأيم عديم الاختيار (وطلاق المكره واقع) خلافا للشافعي ، هو يقول إن الإكراه لا يجمع الاختيار وبه يعتبر التصرف الشرعي ، بخلاف المازل لأنه مختار في التكلم بالطلاق . ولنا أنه قصد إيقاع الطلاق في منكوحته في حال أهليته فلا يعرى عن قضيته دفعا لحاجته اعتبارا بالطائع ، وهذا لأنه عرف الشرين واختار أهونهما ، وهذا آية القصد

لأنضباطه فتعلق به الحكم ، وكون البعض له ذلك لا يبيني الفقه باعتباره لأنه إنما يتعلق بالمظان الكلية ؛ وهذا يبعد ما نقل عن ابن المسيب أنه إذا عقل الصبي الطلاق جاز طلاقه . وعن ابن عمر رضي الله عنهما : جواز طلاق الصبي ومواده العاقل ، ومثله عن الإمام أحمد ، والله أعلم بصحة هذه النقول (قوله وطلاق المكره واقع) وبه قال الشعبي والنخعي والثوري (خلافا للشافعي) وبقوله قال مالك وأحمد فيما إذا كان الإكراه بغير حق لا يصح طلاقه ولا خلعه ، وهو مروى عن علي وابن عمر وشريح وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهم لقوله صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولأن الإكراه لا يجمع الاختيار الذي به يعتبر التصرف الشرعي بخلاف المازل لأنه مختار في التكلم بالطلاق غير راض بحكمه فيقع طلاقه . قلنا : وكذلك المكره مختار في التكلم اختيارا كاملا في السبب إلا أنه غير راض بالحكم لأنه عرف الشرين فاختر أهونهما عليه . غير أنه محمول على اختياره ذلك ولا تأثير لهذا في نفي الحكم : يدل عليه حديث حذيفة وأبيه حين حلفهما المشركون . فقال لهما صلى الله عليه وسلم « نفي لهم بعهدهم ونستعين الله عليهم » فيبين أن اليمين طوعا وكرها سواء ، فعلم أن لا تأثير للإكراه في نفي الحكم المتعلق بمجرد اللفظ عن اختيار ، بخلاف البيع لأن حكمه يتعلق باللفظ وما يقوم مقامه مع الرضا وهو متنفذ بالإكراه . وحديث « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » من باب المقتضى ولا عموم له ،

والمراد بالجواز النفاذ دون الحل الذي يقابل الحرمة لأن فعل الصبي والمجنون لا يوصف بالحرمة في المعاملات ، والنفوذ بالوقوع . فعناه كل طلاق نافذ إلا طلاق الصبي والمجنون . ولأن أهلية التصرف بالعقل المميز ولا عقل للصبي والمجنون . أما المجنون فظاهر . وأما الصبي فلأن المراد به ما هو المعتدل منه ، والصبي وإن اتصف بالعقل حتى صح إسلام الصبي العاقل لكنه ليس بمعتدل قبل البلوغ فلا يعتبر فيما له فيه مضرة (والثأيم عديم الاختيار) في التكلم وشرط التصرف الاختيار فيه (وطلاق المكره واقع خلافا للشافعي ، هو يقول إن الإكراه لا يجمع الاختيار) لإفساده إياه واعتبار التصرف الشرعي إنما هو بالاختيار (بخلاف المازل فإنه مختار) فكان شرط التصرف فيه موجودا وقيد بقوله في التكلم بالطلاق إشارة إلى أن المتعبر ذلك ، ألا ترى أن من أراد أن يقول لامرأته اسقي فقال أنت طالق وقع وإن لم يكن مختارا لحكمه لكونه مختارا في التكلم (ولنا أنه قصد إيقاع الطلاق في منكوحته في حال أهليته فلا يعرى عن قضيته) أي حكمه لئلا يلزم تخلف الحكم عن علته . وقوله قصد إيقاع الطلاق احتراز عن الإقرار به مكرها فإنه لغو لكونه خبرا يحتمل الصدق والكذب ، وقيام السيف على رأسه دليل على أنه كاذب فيه . والخبر عنه إذ كان كذبا فبالإخبار عنه لا يصير صدقا . وقوله في حال أهليته احتراز عن الصبي والمجنون . وتقرير حجته أن المكره قصد إيقاع الطلاق في منكوحته في حال أهليته لأنه عرف الشرين

(قال المصنف : ولنا أنه قصد إيقاع الطلاق) أقول : أي قصد التكلم بما هو موضوع لإيقاع الطلاق كذا قيل ، وفيه بحث (قوله والمراد بالجواز النفاذ دون الحل الذي يقابل الحرمة الخ) أقول : وأيضا لو أريد ذلك لكان الطلاق البدعي حلالا وليس كذلك (قوله والخبر عنه إذا كان كذبا) أقول : أي غير واقع (قوله لا يصير صدقا) أقول : أي واقعا .

والاختيار ، إلا أنه غير راض بحكمه وذلك غير محلّ به كالهزل (وطلاق السكران واقع) واختيار الكرخي والطحاوى أنه لا يقع . وهو أحد قول الشافعي لأن صحة القصد بالعقل وهو زائل العقل فصار كزواله بالبنج والدواء .

ولا يجوز تقدير الحكم الذي يعم أحكام الدنيا وأحكام الآخرة بل إما حكم الدنيا وإما حكم الآخرة . والإجماع على أن حكم الآخرة وهو المأخذ مراد فلا يراد الآخر معه وإلا عجم . وروى محمد بإسناده عن صفوان بن عمرو الطائي « أن امرأة كانت تبغض زوجها فوجدته نائماً : فأخذت شفرة وجلست على صدره ثم حركته وقالت لتطلقني ثلاثاً وإلا ذبحتك ، فناشدها الله فأبت ، فطلقها ثلاثاً ، ثم جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم « لا قيلولة في الطلاق » وروى أيضاً عن عمر رضى الله عنه أنه قال : أربع مبهات مقفلات ليس فيهن ردّ النكاح ، والطلاق ، والعناق ، والصدقة . وأما الوجه القائل إن الإكراه لا يزيل الخطاب فيما أكره فيه حتى يباح مرة ويفترض ويحرم أخرى فليس الكلام في حل الإقدام وحرمة بل في ترتب حكم ماحل أو وجب الإقدام عليه إذا كان تلفظاً ، ولا يلزم من حل التلفظ دفعا للضرر عن نفسه ترتب حكمه إذا كان مما يضره فالوجه ما تقدم وجميع ما ثبت مع الإكراه أحكامه عشرة تصرفات : النكاح ، والطلاق ، والرجعة ، والإيلاء . والنكاح ، والظهار ، والعناق ، والعفو عن القصاص ، واليمين ، والنذر ، وجمعها ليسهل حفظها في قول :

يصح مع الإكراه عتق ورجعة نكاح وإيلاء طلاق مفارقة

وفى ظهار واليمين ونذر عفو لقتل شاب عنه مفارقة

وهذا في الإكراه على غير الإسلام ، وإلا فبالإكراه على الإسلام تم أحد عشر لأن الإسلام يصح معه (قوله وطلاق السكران واقع) وكذا عتاقه وخلعه ، وهو من لا يعرف الرجل من المرأة ولا السماء من الأرض ، ولو كان معه من العقل ما يقوم به التكليف فهو كالصاحي . وما في بعض نسخ المختصر من قوله يقع الطلاق إذا قال نويت به الطلاق : يعني المكره والسكران فليس مذهبا لأصحابنا لأنه إذا قال نويت به أو ذكر كناية من الكنایات

الهلك والطلاق واختار أموهنهما . واختيار أهون الشرين آية القصد والاختيار وهو ظاهر ، وكل من قصد إيقاعه كذلك لا يعرى فعله عن حكمه كما في الطائفة إذ العلة فيه دفع الحاجة وهو موجود في المكره لحاجته أن يتخلص عما توعد به من القتل أو الجرح . وقوله إلا أنه غير راض بحكمه جواب عما يقال لو كان المكره مختاراً لما كان له اختيار فسخ العقود التي باشرها مكرها من البيع والشراء والإجارة وغيرها وليس كذلك . ووجهه أنه غير راض بحكمه فكان له فسخ العقود ، وأما ههنا فعدم الرضا بالحكم غير محلّ به كالهزل وهو الذي يقصد السبب دون الحكم . فإن قيل : بين المكره والهزل فرق وهو يبطل القياس وذلك لأن المكره له اختيار فاسد والهزل اختيار كامل . فإذن قيل : حكم العدم فلا يلزم من الوقوع في الهزل الوقوع في المكره . أجيب بأن للهزل اختياراً كاملاً في السبب ، أما في حق الحكم وهو المقصود من السبب فلا اختيار له أصلاً فكان اختيار الهزل أيضاً غير كامل بالنظر إلى الحكم فكانا متساويين فكان اعتبار أحدهما بالآخر جائزاً (وطلاق السكران واقع واختيار الكرخي والطحاوى عدمه) والوجه من الجانبين على ما ذكر في الكتاب واضح ، خلا أن في كلامه تسامحاً لأنه جعل العقل زائلاً بالسكر . وليس كذلك عندنا لأنه مخاطب ولا خطاب بلا عقل بل هو مغلوب . ولما كان المغلوب

(قوله إذ العلة فيه) أقول : أي في الطلاق (قوله فكانا متساويين) أقول : أي من تلك الجهة .

ولنا أنه زال (بسبب هو معصية فجعل باقيا حكما زجرا له . حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول إنه لا يقع طلاقه

مثل أنت حرة فيجب أن يصدق فيقع بالإجماع . وفي شرح بكر : السكر الذي يصح به التصرفات أن يصير بحال بحيث يحسن ما يستقيحه الناس أو يستقيح ما يستحسنه الناس لكنه يعرف الرجل من المرأة . وفي المسئلة خلاف عال بين التابعين ومن بعدهم . فقال بوقوعه من التابعين سعيد بن المسيب وعطاء والحسن البصري وإبراهيم النخعي وابن سيرين ومجاهد وبه قال مالك والثوري والأوزاعي والشافعي في الأصح وأحمد في رواية . وقال بعدم وقوعه القاسم بن محمد وطاوس وربيعة بن عبد الرحمن والليث وإسحاق بن راهويه وأبو ثور وزفر . وقد ذكرناه عن عثمان رضي الله عنه ، وروى عن ابن عباس رضي الله عنهما وهو مختار الكرخي والطحطاوي ومحمد بن سلمة من مشايخنا . ووجهه أن أقل ما يصح التصرف معه وإن كان حكمه مما يتعلق بمجرد لفظه القصد الصحيح أو مظنته وليس له ذلك ، وهو أسوأ حالا من النائم لأنه إذا أوقظ يستيقظ ، بخلاف السكران ، وصار كزواله بالبنج والدواء وهو الأفيون ، وكون زوال عقله بسبب هو معصية لا أثر له وإلا صحت رده ولا تصح . قلنا لما خاطبه الشرع في حال سكره بالأمر والنهي بحكم فرعي عرفنا أنه اعتبره كقائم العقل تشديدا عليه في الأحكام الفرعية . وعقلنا أن ذلك يناسب كونه تسبب في زوال عقله بسبب محذور وهو مختار فيه فأدركنا عليه واعتبرنا أقواله ، وعلى هذا اتفق فتاوى مشايخ المذهبين من الشافعية والحنفية بوقوع طلاق من غاب عقله بأكل الحشيش وهو المسحى بورق القنب لفتاوى مجرته بعد أن اختلفوا فيها ، فأفتى المزني بحرمته ، وأفتى أسد بن عمرو بخُلها لأن المتقدمين لم يتكلموا فيها بشيء لعدم ظهور شأنها فيهم . فلما ظهر من أمرها من الفساد كثيرا وفشا عاد مشايخ

كالمعدوم وأطلق الزوال مجازا للخصم لم يضره ذلك . واعترض بوجهين : أحدهما أن شرب المسكر كسفر المعصية فالسفر صار سببا للتخفيف دون شرب المسكر . والثاني أنه لما جعل العقل باقيا في الطلاق حكما زجرا له كانت الردة والإقرار بالحدود الخالصة أولى لأن الزجر والعقوبة هناك أتم . وأجيب عن الأول بأن الشرب نفسه معصية ليس فيه إمكان انفصال ولا جهة إباحتة تصلح لإضافة التخفيف إليها فجعل باقيا زجرا ، بخلاف سفر المعصية فإن نفس السفر ليس بمعصية وأمكن انفصالها عنه ابتداء وانتهاء فكانت جهة إباحتة تصلح لإضافة التخفيف والترخص إليها . وعن الثاني بأن الركن في الردة الاعتقاد ، والسكران غير معتقد لما يقول فلا يحكم برده لانعدام ركنها لا للتخفيف عليه بعد تقرر السبب . وأما الإقرار بالحدود فإن السكران لا يكاد يثبت على شيء فيجعل راجعا عما أقر به فيؤثر فيما يحتمل الرجوع . وفي قوله بسبب هو معصية إشارة إلى شيئين : أحدهما الفرق بين الشرب وسفر المعصية كما ذكرنا . والثاني أن هذا الحكم مرتب على سكريكون محظورا . وأما غيره فهو أن يكون من مباح كالبنج ولبن الرماك والخمر إذا أكره على شربها بالقتل فهو كالإنعفاء في حق منع وقوع الطلاق والعتاق وأكد ذلك بقوله (حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول إنه لا يقع طلاقه) لأنه لم يكن زواله بمعصية . واعترض

(قوله وليس فيه إمكان انفصال) أقول : يعني نظرا إلى نفسه وإن كان الانفصال نظرا إلى الإكراه وحالة الاضطراب لا يضر ذلك ، بخلاف السفر فإنه نظرا إلى نفسه ليس بمعصية بل كونه معصية إنما هو بالنظر إلى الغير (قوله وأما الإقرار بالحدود فإن السكران لا يكاد يثبت على شيء فيجعل راجعا عما أقر به الخ) أقول : إذا جعل مع زوال عقله غير زائل العقل زجرا فلم يجعل مع عدم رجوعه راجعا فإن ذلك ليس بمناسب للزجر .

المذهبين إلى تحريمها وأفتوا بوقوع الطلاق من زال عقله بها ، وهذا الوجه من الجانبين يفيد أن الخلاف في صحة تصرفات السكران بالمعنى الأول وهو من لا عقل له يميز به الرجل من المرأة إلى آخره ، وبه يبطل قول من ادعى أن الخلاف إنما هو فيه بمعنى عكس الاستحسان والاستقباح مع تمييزه الرجل من المرأة ، والعجب ما صرح به في بعض العبارات من أن معه من العقل ما يقوم به التكليف ، إذ لا شك أن على هذا التقدير لا يتنبه لأحد أن يقول لا يصح تصرفاته ، أما ذلك الخطاب فقولته تعالى - يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى - لأنه إن كان خطابا له حال سكره فنص ، وإن كان قبل سكره يستلزم أن يكون مخاطبا في حال سكره ، إذ لا يقال إذا جنت فلا تفعل كذا ، وبدلالات النصوص والإجماع ، فإنه لما ألحق بالصاحي فيما لا يثبت مع الشبهة وهو الحدود والقصاص حتى حد وقتل إذا قذف وقتل فلأن يلحق به فيما يثبت مع الشبهة كالطلاق والعنق أولى ، وإنما لم يعتبر إقراره بما يوجب الحد لأن حاله وهو كونه لا يثبت على شيء يوجب رجعا عما أقر به عقبيه ، وعدم صحة رده لأن صريح النص ما اعتبر عقله باقيا إلا فيما هو من فروع الدين ، فلو أثبتناه في أصل الدين كان بالقياس ، ولا يلزم من التشديد عليه فيما لا يوجب إكفاره التشديد فيما يوجهه ، ولأن الإكفار والحالة هذه إنما يكون احتياطا ، ولا يمتنع في الإكفار بل يمتنع في عدمه ، ولأن ركنها الاعتقاد وهو متصف . لا يقال : يلزم عدم إكفار المازل لأنه أيضا لا يعتد ما قاله من الكفر هزلا والواقع إكفاره . لأننا نقول : إكفاره بالاستخفاف بالدين والاستخفاف بالدين كفر وهو متصف في السكران لأن زائل العقل لا يوصف بأنه مستخف بشيء ، وفي جل الفقه لأن إبقاء عقله للزجر والحاجة إلى الزجر فيما يغلب وجوده والردة لا يغلب وجودها ولأن جهة زوال العقل تقتضي بقاء الإسلام وجهة بقائه زواله فترجح جهة البقاء لأن الإسلام يعلو ولا يعلو ، وعدم الوقوع بالبنج والأفيون لعدم المعصية فإنه يكون للتداوى غالبا فلا يكون زوال العقل بسبب هو معصية حتى لو لم يكن للتداوى بل للهو وإدخال الآفة قصدا ينبغي أن نقول يقع . فإن عبد العزيز الترمذي قال : سألت أبا حنيفة وسفيان عن رجل شرب البنج فارتفع إلى رأسه فطلق امرأته قالا : إن كان حين شرب يعلم أنه ما هو تطلق امرأته ، وإن لم يعلم لم تطلق ومعلوم أن الضرورة مبيحة ، فكان محمل هذا ما قلنا ، وعن ذلك قلنا : إذا شرب الخمر فصعد فزال عقله بالصداع فطلق لا يقع ، والحكم لا يضاف إلى علة العلة كالشرب إلا عند عدم صلاحية العلة : أعني الصداع للقطع بأن أثرها لا يصل إلى المعلول الأخير ، ولو نزلنا فالشرب ليس موضوعا للصداع بل يثبت الصداع اتفاقا عند استعداد الطبيعة له في ذلك الوقت فصار الشرب الذي وجد عنه الصداع الذي عنه زوال العقل كسفر المعصية لما لم يكن موضوعا للمعصية لم يوجب التشديد بل يمنع الترخص فلم يضاف زوال العقل إليه ليثبت التشديد بخلاف الشرب الذي لم يحدث عنه صداع مزيل للعقل بل زال به حيث تعلق به التشديد لإضافة زوال العقل إليه وهو المعصية ، وعلى هذا لو شربها مكرها أو لإساعة لقمة ثم سكر لا يقع عند الأئمة الثلاثة ، وبه قال بعض مشايخنا وفخر الإسلام وكثير منهم على أنه يقع لأن عقله زال عند كمال التلذذ وعند ذلك لم يبق مكرها ، والأول أحسن لأن موجب الوقوع عند زوال العقل ليس إلا التسبب في زواله بسبب محذور وهو متصف . . والحاصل أن السكر بسبب مباح كمن أكره على شرب الخمر والأشربة الأربعة المحرمة أو اضطر لا يقع طلاقه وعقابه ، ومن سكر منها مخارا

بأن الصداع أثر الشرب فكان علة العلة ، والحكم يضاف إليها كما يضاف إلى العلة ، فما باله لم يكن كذلك ؟ وأجيب بأن الإضافة إلى العلة العلة إنما تكون إذا لم تكن العلة صالحة للإضافة ، وههنا صالحة لذلك لأن زوال

(وطلاق الأخرس واقع بالإشارة) لأنها صارت معهودة فأقيمت مقام العبارة دفعا للحاجة . وستأتيك وجوه في آخر الكتاب إن شاء الله تعالى (وطلاق الأمة ثنتان حرا كان زوجها أو عبدا ، وطلاق الحرة ثلاث حرا كان زوجها أو عبدا) وقال الشافعي : عدد الطلاق معتبر بحال الرجال لقوله عليه الصلاة والسلام « الطلاق بالرجال والعدة بالنساء » ،

اعتبرت عباراته . وأما من شرب من الأشربة المتخذة من الحبوب والعسل فسكر وطلق لا يقع عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد ، ويفتي بقول محمد لأن السكر من كل شراب محرم (قوله وطلاق الأخرس واقع بالإشارة لأنها صارت مفهومة فكانت كالعبارة) في الدلالة استحسانا فيصح بها نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه سواء قدر على الكتابة أو لا^١ ، وهذا استحسان بالضرورة فإنه لو لم يعتبر منه ذلك أدى إلى موته جوعا وعطشا وعريا ، ثم رأينا أن الشرع اعتبرها منه في العبادات ؛ ألا ترى أنه إذا حرك لسانه بالقراءة والتكبير كان صحيحا معتبرا فكذا في المعاملات . وقال بعض الشافعية : إن كان يحسن الكتابة لا يقع طلاقه بالإشارة لاندفاع الضرورة بما هو أدل على المراد من الإشارة وهو قول حسن ، وبه قال بعض مشايخنا . ولا يخفى أن المراد من الإشارة التي يقع بها طلاقه الإشارة المقرونة بتصويته لأن العادة منه ذلك فكانت الإشارة بيانا لما أجمله الأخرس ويتصل بما ذكرنا كتابة الطلاق والأخرس فيها كالصحيح ، فإذا طلق الأخرس امرأته بالكتابة وهو يكتب جاز عليه من ذلك ما يجوز على الصحيح لأنه عاجز عن الكلام قادر على الكتاب ، فهو والصحيح في الكتاب سواء ، وسنفضله إن شاء الله تعالى موصولا بكتابات الطلاق (قوله وطلاق الأمة ثنتان حرا كان زوجها أو عبدا ، وطلاق الحرة ثلاث حرا كان زوجها أو عبدا . وقال الشافعي : عدد الطلاق معتبر بالرجال والعدة بالنساء) فإن كان الزوج عبدا وهي حرة حرمت عليه بتطليقتين ، وإن كان حرا وهي أمة لا تحرم عليه إلا بثلاث . ونقل أن الشافعي لما قال عيسى بن أبان له : أيها الفقيه إذا ملك الحر على امرأته الأمة ثلاثا كيف يطلقها للسنة؟ قال : يوقع عليها واحدة ، فإذا حاضت وطهرت أوقع أخرى ، فلما أراد أن يقول فإذا حاضت وطهرت قال له حسبك . قد انقضت عدتها فلما تحير رجع فقال ليس في الجمع بدعة ولا في التفريق سنة ، وبقول الشافعي قال مالك وأحمد وهو قول عمر وعثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنهم ، وبقولنا قال الثوري وهو مذهب علي^٢ وابن مسعود رضي الله عنهما . له ما روى عنه صلى الله عليه وسلم «الطلاق بالرجال والعدة بالنساء» قابل بينهما . واعتبار العدة بالنساء من حيث العدد فكذا ما قبل به تحقيقا للمقابلة فإنه حينئذ أنسب من أن يراد به الإيقاع بالرجال ، ولأنه معلوم من قوله تعالى - فطلقوهن لعدتهن - وفي موطأ مالك أن نفيها مكانا كان لام سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم

العقل مما يؤثر في عدم الوقوع كما إذا جن^٣ . وقوله (وطلاق الأخرس واقع) ظاهر . وقوله (وطلاق الأمة ثنتان) أنت الطلاق باعتبار التطليقة وكلامه ظاهر . ووجه الاستدلال له بقوله عليه الصلاة والسلام «الطلاق بالرجال والعدة بالنساء» أنه عليه الصلاة والسلام قابل الطلاق بالعدة على وجه يختص كل واحد منهما بجنس على حدة ، ثم اعتبار العدة بالنساء من حيث القدر فيجب أن يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث القدر تحقيقا للمقابلة ولأن صفة المالكية كرامة ، وكل ما هو كرامة فالآدمية مستدعية لها لكونه مكرما بتكريم الله ، قال الله تعالى - ولقد كرمنا بني آدم - الآية ، ومعنى الآدمية في الحر أكمل لصلاحيته لما لا يصلح له العبد من الولاية والشهادة والخلوصه

(قوله فإن قلت : الدليل أحسن من المدعى لأن المدعى أن الطلاق بالزوج حرا كان أو عبدا ، والدليل يدل على أن الزوج إذا كان حرا كان مالكا الخ) أقول : فيه أن حال العبد علم من قوله ومعنى الآدمية في الحر أكمل فكان مالكيته أبلغ وأكثر ، فإن الأفضل يقتضى التشريك

ولأن صفة المالكية كرامة والآدمية مستدعية لها . ومعنى الآدمية في الحراً كمل فكانت مالكيته أبلغ وأكثر . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان »

أو عبداً لها كان تحتها امرأة حرة فطلقها ثنتين ثم أراد أن يراجعها فأمره أزواج النبي صلى الله عليه وسلم أن يأتي عثمان فيسأله عن ذلك فلقبه عند الدرج آخذاً بيد زيد بن ثابت فسألها فابتدره جميعاً فقالا حرمت عليك حرمت عليك (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان ») رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه والدارقطني عن عائشة ترفعه وهو الراجح الثابت ، بخلاف ما رواه وما مهد من معنى المقابلة لأنه فرع صحة الحديث أو حسنة ولا وجد له حديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بطريق يعرف . وقال الحافظ أبو الفرج بن الجوزي : موقوف على ابن عباس ، وقيل من كلام زيد بن ثابت . وحديث الموطأ موقوف عليه وعلى عثمان وهو لا يرى تقليد الصحابي . والإلزام إنما يكون بعد الاستدلال لأن حقيقته نقض مذهب الخصم بما لا يعتقده المزم صحيحاً ، ولا يكون نقض مذهب خصمه فقط يوجب صحة مذهب نفسه إلا بطريق عدم القائل بالفصل . وهذا لا يكون إلا إذا كان مانقوض به مما يعتقده صحيحاً وهو منتف عنه في مذهب الصحابي . فهو في مذهبه وفي معتقده غير منقوض فلم يثبت لمذهبه دليل يقاوم ما رويناه . فإن قلت : قد ضعف أيضاً ما رويناه بأنه من رواية مظاهر ولم يعرف له سوى هذا الحديث . قلنا أولاً تضعيف بعضهم ليس كعدمه بالكلية كما هو فيما رويناه . وثانياً بأن ذلك التضعيف ضعيف : فإن ابن عدى أخرج له حديثاً آخر عن المقبري عن أبي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم « أنه كان يقرأ عشر آيات في كل ليلة من آخر آل عمران » وكذا رواه الطبراني ، ثم منهم من ضعفه عن أبي عاصم النبيل فقط ، ومنهم من نقل عن ابن معين وأبي حاتم والبخاري تضعيفه لكن قد وثقه ابن حبان وأخرج الحاكم حديثه هذا عنه عن القاسم عن ابن عباس قال : ومظاهر شيخ من أهل البصرة ولم يذكره أحد من متقدمي مشايخنا بمرح ، فلذلك إن لم يكن الحديث صحيحاً كان حسناً ، ومما يصحح الحديث أيضاً عمل العلماء على وفقه . وقال الترمذي عقيب روايته : حديث غريب ، والعمل عليه عند أهل العلم من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرهم . وفي الدارقطني : قال القاسم وسالم : عمل به المسلمون ، وقال مالك : شهرة الحديث بالمدينة تغني عن صحة سنده

عن معنى المالية التي تجعل المملوك في قرن البهائم ملزوماً (فكانت مالكيته أبلغ) فإن قلت : الدليل أنخص من المدعى ، لأن المدعى أن الطلاق بالزوج حراً كان أو عبداً ، والدليل يدل على أن الزوج إذا كان حراً كان مالكا . قلت : إذا ثبت ذلك للحر ثبت للعبد لعدم القائل بالفصل . ومذهبه قول عمر وزيد بن ثابت (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان ») ووجه الاستدلال أنه عليه الصلاة والسلام ذكر الأمة بلام التعريف ولم يكن ثم معهود فكان للجنس . وهو يقتضي أن يكون طلاق هذا الجنس ثنتين ، فلو كان اعتبار الطلاق بالجال لكان لبعض الإمامة ثنتان فلم تبق اللام للجنس . فإن قيل : يجوز أن يكون المراد بها الأمة تحت عبد عملاً بالحديثين . أجيب بأنه يفرض إلى أن يكون الماء في « وعدتها » عائدة إليها فيكون تخصيصها بكون عدتها حيضتين ، إذ لا مرجع للضمير سواها ، وليس كذلك فإن عدة الأمة حيضتان سواء كانت تحت حر أو عبد بالاتفاق . وفيه نظر لجواز أن يكون من باب الاستخدام يكون المراد بالأمة الأمة تحت عبد ، والضمير عائدة

في أصل الفعل (قوله لكان لبعض الإمامة) أقول : يعني لا يكون لكل الإمام (قوله أجيب بأنه يفرض ، إلى قوله : فيكون تخصيصها بالتح) أقول : مفهوم المخالفة غير معتبر عندنا مطلقاً وعند الشافعية أيضاً إذا كان في مقابلة المتطوق ، وهنا كذلك وهو قوله صلى الله عليه وسلم

ولأن حل المحلية نعمة في حقها ، وللرق أثر في تنصيف النعم إلا أن العقدة لا تنجزاً فتكاملت عقدتان ، وتأويل ما روى أن الإيقاع بالرجال (وإذا تزوج العبد امرأة) بإذن مولاه وطلقها (وقع طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امرأته) لأن ملك النكاح حق العبد فيكون الإسقاط إليه دون المولى .

انتهى ، والله أعلم (قوله ولأن حل المحلية نعمة) تزيد بزيادته ، ولذا اتسع حله صلى الله عليه وسلم عند زيادة فضله (وللرق أثر في تنصيف النعمة) في الشرع كما عرف (إلا أن العقدة لا تنجزاً فتكاملت عقدتان) يعني يلزم لتنصيف النعمة أن يتزوجها مرة ونصفا عقيب طلاقه إياها ، لكن العقدة لا تنجزاً فكملت كالطالقة والحبيضة في حقها ، ثم لو تم أمر ما رواه كان المراد به أن قيام الطلاق بالرجال ، لأنه لو كان احتمالاً للفظ مساوياً لتأييد بما رويناه فكيف وهو المتبادر إلى الفهم من ذلك اللفظ كما هو في قولهم الملك بالرجال (قوله وإذا تزوج العبد امرأة وقع عليها طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امرأته لأن ملك النكاح يثبت للعبد) لأن ملكه من خصائص الآدمية وهو فيها مبني على أصل الحرية إلا أنه يحتاج في ابتداء تملكه إياه إلى إذن المولى لأنه لم يشرع بلا مال في حق الابتداء والبقاء في حق النفقة وتعلق الدين بالعبد يقع متعلقاً برقبته بحيث تؤخذ هي فيه وفي ذلك ضرر بالمولى فيتوقف على رضاه به والتزامه إياه ، فإذا ألزمه حتى ثبت له الملك كان إليه دفعه لا إلى غيره . وفي سنن ابن ماجه من طريق ابن لهيعة عن ابن عباس رضي الله عنهما « جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم رجل فقال : يا رسول الله سيدى زوجنى أمته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها ، فصعد النبي صلى الله عليه وسلم المنبر فقال : يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده من أمته ثم يريد أن يفرق بينهما ، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق » ورواه الدارقطني أيضاً من غيرها ، والله أعلم . [فرع] الوكيل بالطلاق إذا لم يكن بمال لا ينزل بطلاق الموكل سواء طلقها الموكل بائناً أو رجعيّاً فالوكيل أن يطلقها بعد ذلك مادامت في العدة ، وإذا انقضت عدتها ينزل ، حتى لو تزوجها الموكل بعد العدة لا يقع طلاق الوكيل عليها ، بخلاف ما لو تزوجها قبل انقضاء العدة فيما إذا كان الطلاق بائناً فإنه لو طلقها الوكيل وقع عليها ، والله أعلم بالصواب .

إلى مطلق الأمة . والجواب أن ذلك خطابة لا تجدى في مقام الاستدلال (ولأن حل المحلية) أى حل أن تكون المرأة محل النكاح نعمة في حق المرأة لأنها تتوصل بذلك إلى درور النفقة والكسوة والسكنى والازدواج وتحصين الفرج وغيرها ، وما هو نعمة في حقها يتنصف بالرق ، فإن للرق أثراً في تنصيف النعم في الرجال ، فإن العبد لا يملك من الزوج ما فوق الاثنين فكذا في حق النساء فإنها لا تزوج مع الحرية ولا بعدها ، وكان ذلك يقتضى أن لا يملك الزوج عليها إلا عقدة ونصفاً : أى طلاقه ونصف طلاقه تنقيصاً لحل المحلية (إلا أن العقدة لا تنجزاً فتكاملت عقدتان) ومذهبنا قول على وابن مسعود . وقوله (وتأويل ما روى) يعني قوله « الطلاق بالرجال » أن الإيقاع بالرجال . فإن قيل : هذا معلوم فلا يحتاج إلى ذكره خاصة . أجيب بل كان إلى ذكره حاجة لأن المرأة في الجاهلية إذا كرهت الزوج غيرت البيت وكان ذلك طلاقاً منها فرفع ذلك بقوله « الطلاق بالرجال » (وإذا تزوج العبد امرأة وطلقها وقع الطلاق ولا يقع طلاق مولاه على امرأته لأن ملك النكاح حق العبد) لكونه من خواص الآدمية والعبد مبني فيها على أصل الحرية فكان يجب أن يملك النكاح دون إذن مولاه ، لكن لو قلنا به تضرر المولى فيه فتركناه لأجله .

« العدة بالنساء » (قوله والجواب أن ذلك خطابة) أقول : أى ما ذكره الخصم في وجه الاستدلال من أنه يجب أن يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث القدر تحقيقاً للمقابلة .

انتهى الجزء الثالث من كتاب شرح فتح القدير : ويليه الجزء الرابع ، وأوله : باب إيقاع الطلاق

فهرس

الجزء الثالث

من شرح فتح القدير - للإمام ابن المصام الحنفى

صحيفة	صحيفة
٢٢٤ فروع : النظر من وراء الزجاج إلى الفرج	٣ باب التمتع
محرم النخ	٢٤ باب الجنائيات
٢٥٥ باب الأولياء والأكفاء	٤٢ فصل : فإن نظر إلى فرج امرأته بشهوة النخ
٢٩١ فصل : فى الكفاءة	٤٩ فصل : ومن طاف طواف القدوم محدثا فعليه صدقة
٣٠٥ فصل : فى الوكالة بالنكاح وغيرها	٦٦ فصل : فى جزاء الصيد
٣١٦ باب المهر	١٠٨ باب مجاوزة الوقت بغير إحرام
٣٨١ تتمه فيها مسائل المسألة الأولى تزوج ثنتين	١١٤ باب إضافة الإحرام إلى الإحرام
فى عقدة وواحدة فى عقدة وثلاثا فى عقدة النخ	١٢٤ باب الإحصار
٣٨٣ المسألة الثانية تزوج امرأة وابنتها فى ثلاثة عقود النخ	١٣٥ باب القوات
المسألة الثالثة قال لأجنبية كلما تزوجتك فأنت طالق النخ	١٣٧ عدد عمراته عليه الصلاة والسلام
٣٨٤ فصل : وإذا تزوج نصرانى نصرانية على ميتة النخ	١٤٢ باب الخلع عن الغير
٣٩٠ باب نكاح الرقيق	١٦٠ باب الهدى
٤١٢ باب نكاح أهل الشرك	١٦٨ مسائل متشورة
٤٣٢ باب القسم	١٧٦ خاتمة تشتمل على ثلاثة مقاصد : المقصد الأول فى إيجاب الهدى وما يتبعه
٤٣٨ كتاب الرضاع	١٧٨ المقصد الثانى فى المجاورة
٤٦٣ كتاب الطلاق	١٧٩ المقصد الثالث فى زيارة قبر النبى صلى الله عليه وسلم
٤٦٥ باب طلاق السنة	١٨٣ فصل : وإذا عزم على الرجوع إلى أهله يستحب له أن يودع المسجد النخ
٤٨٧ فصل : ويقع طلاق كل زوج النخ	١٨٤ كتاب النكاح
	٢٠٨ فصل : فى بيان المحرمات

